
Datum: 02.08.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 74/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0802.8U74.16.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 508/15

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 08.07.2016 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

(redaktioneller Hinweis: Tenor berichtigt, Beschluss am Ende der Gründe)

1

Gründe:

2

I.

3

Die Klägerin ist eine Fondsgesellschaft, die das – inzwischen veräußerte – Tankschiff T betrieb. Die Beklagte ist an ihr durch Zeichnung von drei Beteiligungen mit nominal insgesamt 700.000,- € als Kommanditistin beteiligt. Die Klägerin nimmt sie auf Erstattung geleisteter Auszahlungen i.H.v. 13 % des nominalen Beteiligungsbetrages – abzüglich bereits geleisteter Rückzahlungen – in Anspruch.

4

Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin enthält u. a. folgende Regelungen:

5

§ 4 Gesellschafter, Gesellschafterkonten	6
(...)	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. Unberührt hiervon bleibt die Darlehensverbindlichkeit bei Ausschüttungen gemäß § 11 Ziff. 5.	8
(...)	9
6. (...) [viertletzter Absatz] Sollte ein Kommanditist seiner Zahlungsverpflichtung nicht oder nicht vollständig nachkommen, so ist die Gesellschaft darüber hinaus berechtigt, die vorgesehene Ausschüttung für das nächstfolgende Jahr in dem Verhältnis zu kürzen, in dem der Kommanditist seiner vertraglichen Einzahlungsverpflichtung für das Beitrittsjahr nicht nachgekommen ist.	10
(...)	11
9. Für jeden Kommanditisten wird ein festes Kapitalkonto I, das die Höhe der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen wiedergibt, eingerichtet. Die Höhe der Kapitalkonten I entspricht den zum Handelsregister angemeldeten Kommanditeinlagen. Im Falle der Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Kommanditeinlagen (§ 4 a Ziff. 4 und § 4 b Ziff. 4), werden diese den Kapitalkonten I hinzugerechnet. Die Kapitalkonten I sind Festkonten.	12
Auf dem Kapitalkonto II werden die Gewinn- und Verlustanteile jedes Kommanditisten gebucht. Diese Konten gewähren keine Gesellschafterrechte.	13
Für jeden Kommanditisten 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, werden diese als zinslose Darlehensverbindlichkeit der betroffenen Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft gebucht. Eine Rückzahlung ist jedoch aufschiebend bedingt von der Liquiditätslage der Gesellschaft abhängig. Darüber hinaus wird für jeden Garant-Kommanditisten ein gesondertes Darlehenskonto II für das Gesellschafterdarlehen gebildet. Die Einzelheiten ergeben sich insoweit aus § 4a.	14
(...)	15
§ 8 Gesellschafterbeschlüsse	16
(...)	17
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 Ziff. 5. (...)	18
§ 11 Gewinn und Verlustrechnung, Ausschüttungen	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 bzw. umgewandelten Kommanditanteile zueinander voll zuzuweisen. (...)	20

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
(...)	22
4. Nach den Zinszahlungen/Ausschüttungen gemäß Ziff. 3 und Ziff. 3a schüttet die Gesellschaft unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust für den Fall, dass die Liquiditätslage es zulässt, im jeweiligen Geschäftsjahr unbeschadet der Regelung gemäß § 4 Ziff. 6 viertletzter Absatz einen Betrag für die Tranchen I (2004), II (2005) sowie für die Garant-Kommanditisten bezogen auf ihre Kommanditeinlage von 10 % in Höhe von voraussichtlich	23
9 % für 2005 in 2006	24
ansonsten unterjährig für die Tranchen I (2004), II (2005) und III (2006) sowie für die Garant-Kommanditisten bezogen auf ihre Kommanditeinlage von 10 % in Höhe von voraussichtlich	25
9 % in 2006 bis 2010	26
10 % in 2011 bis 2013	27
13 % in 2014	28
15 % in 2015	29
des gemäß § 4 Ziff. 6 eingezahlten Kommanditkapitals p. a. an die Gesellschafter aus.	30
(...)	31
5. Sämtliche Ausschüttungen an die Gesellschafter werden auf das Darlehenskonto des Gesellschafters als Verbindlichkeit gebucht. Soweit das Kapitalkonto des Gesellschafters in der Investitionsphase und der Betriebsphase herabgesetzt ist und soweit diese Herabsetzung nicht auf Ausschüttungen bzw. Entnahmen beruht, werden die Ausschüttungen 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
6. Die Gesellschaft ist berechtigt, aus dem zu erwartenden Ergebnis im laufenden Jahr Abschlagsleistungen auf Ausschüttungen (Vorabausschüttungen) vorzunehmen, soweit es die Liquiditätslage zulässt.	33
7. Weitere Entnahmen außerhalb der vorgenannten Ausschüttungen sind nur zulässig, wenn die Gesellschafter einen entsprechenden Beschluss mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen fassen, die F-Fonds Nr. ####a T GmbH zustimmt und die Liquiditätslage der Gesellschaft es zulässt. Für umgewandelte Gesellschafterdarlehen gilt dies gleichermaßen in gleicher Höhe. Auch in diesem Fall kann jeder Gesellschafter für sich entscheiden, ob er eine Entnahme tätigt.	34
(...)	35
§ 13 Auflösung der Gesellschaft	36
(...)	37

Der bei der Liquidation der Gesellschaft und Veräußerung des Schiffes erzielte Veräußerungserlös wird nach Begleichung der Gesellschaftsverbindlichkeiten an die Gesellschafter verteilt und zwar in der Reihenfolge, dass zunächst etwaige noch vorhandene Gesellschafterdarlehen der Garant-Kommanditisten nebst etwaig noch nachzuholender Zinsen hierauf und etwaige noch vorhandene Gesellschafterdarlehen der Gesellschafter der Tranche III nebst etwaig noch nachzuholender Zinsen hierauf, sodann das durch Umwandlung der Gesellschafterdarlehen der Garant-Kommanditisten entstandene Kommanditkapital nebst etwaig noch nachzuholender Ausschüttungen hierauf – unter Anrechnung etwaiger Ausschüttungen, soweit sie 7 % p. a. übersteigen – bis zur Höhe von 100 % berücksichtigt wird und sodann das übrige Kommanditkapital ebenfalls bis zu 100 %. Ein danach verbleibender Überschuss wird im Verhältnis des gesamten Kommanditkapitals zueinander verteilt.	38
Hinsichtlich des weiteren Vertragsinhalts wird auf die zur Akte gereichten Fotokopie (Anl. K1, gesonderter Anlagenband) Bezug genommen.	39
Die Beklagte erhielt an Auszahlungen für das Jahr 2005 einen Betrag i.H.v. 25.200,- €, wovon jedenfalls 23.600,- € gewinnunabhängige Entnahmen waren, sowie für das Jahr 2006 einen Betrag i.H.v. 62.775,- €, für 2007 Beträge i. H. v. 31.500,- €, 13.500,- € und 18.000,- € und für 2008 i. H. v. 56.000,- €.	40
Diese Zahlungen waren von der Klägerin jeweils schriftlich als „Entnahmen“ angekündigt worden. Es handelte sich dabei um gewinnunabhängige Ausschüttungen, die das Haftungskapital reduzierten und zu einem Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung im Außenverhältnis führten.	41
Mit Zwischenbericht vom 22.03.2012 informierte die Geschäftsbesorgerin der Klägerin ihre Anleger darüber, dass es infolge der Schifffahrtskrise zu Liquiditätsproblemen gekommen sei, die Restrukturierungsmaßnahmen erforderlich machten, was auf eine Kapitalerhöhung oder auf die Kündigung darlehensweise gewährter Ausschüttungen hinauslaufen könne.	42
Die Klägerin erklärte gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 28.03.2012 die Kündigung der in der Vergangenheit als Darlehen gewährten Auszahlungen in einem Umfang von 217.775,- €. Eine Fälligstellung werde später erfolgen, soweit die Liquidität nicht durch eine angestrebte Kapitalerhöhung generiert werden könne.	43
Mit Schreiben vom 03.08.2012 teilte die Klägerin mit, die Darlehen gegenüber den Gesellschaftern fällig zu stellen, die sich nicht (oder nicht ausreichend) an der Kapitalerhöhung beteiligt hätten und forderte die Beklagte auf, einen Betrag i. H. v. 91.000,- € (entsprechend 13% der Nominalbeteiligung) bis zum 07.09.2012 zu zahlen. Diese sei unter Berücksichtigung der erfolgten Kapitalerhöhung erforderlich, um die Vorgaben der finanzierenden Bank zu erfüllen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Text des Schreibens (Anl. K10, Bl. 129-130 d. A.) Bezug genommen.	44
Im Zeitraum von Dezember 2012 bis Februar 2014 leistete die Beklagte daraufhin Ratenzahlungen in Höhe von insgesamt 20.222,24 €.	45
Die Klägerin hat behauptet, im Jahr 2012 habe nach bereits erfolgter Berücksichtigung sämtlicher noch vorhandener Liquiditätsmittel bedingt durch rückständige Tilgungsraten auf das Schiffshypothekendarlehen ein zusätzlicher kurzfristiger Liquiditätsbedarf in siebenstelliger Höhe bestanden. Es sei offensichtlich gewesen, dass die Klägerin von keinem anderen Dritten, insbesondere keiner Bank, eine Finanzierung erhalten würde. Ihr einziger	46

wesentlicher Vermögenswert – das Schiff – sei bereits zu Gunsten der finanzierenden Bank belastet gewesen. Die Liquiditätslage habe es daher nach den zutreffenden Feststellungen der Geschäftsführung der Klägerin im Jahr 2012 erforderlich gemacht, die erfolgten Auszahlungen an die Gesellschafter gemäß § 11 Ziff. 5 i.V.m. § 4 Ziff. 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages wieder zurückzufordern. Sie hat die Ansicht vertreten, diese Bestimmungen regelten eine Rückforderbarkeit hinreichend klar und rechtlich wirksam.

Die Klägerin hat beantragt, 47

die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag von 70.777,76,- € nebst Zinsen i.H.v. 5 48
Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a. seit dem 08.09.2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 49

die Klage abzuweisen. 50

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, eine Darlehensgewährung an Gesellschafter und eine 51
Rückzahlung von Haftkapital schlossen sich begrifflich, rechtsdogmatisch und
bilanzierungstechnisch aus. Vorliegend sei lediglich Letzteres erfolgt, so dass allenfalls die
Gläubiger der Gesellschaft, nicht aber die Klägerin aktiv legitimiert seien.

Die Klägerin könne die Entnahmen nicht zurückfordern, da es an einer hinreichenden 52
Vertragsgrundlage dafür fehle. Die Regelungen seien unklar und sprächen in der
Gesamtschau – auch unter ergänzender Berücksichtigung des Prospekts – gegen eine
Rückforderbarkeit.

Jedenfalls sei eine etwaige Darlehensregelung nicht gelebt worden. Weder seien die 53
Ausschüttungen in den jeweiligen Ankündigungen als Darlehen deklariert worden, noch habe
es entsprechende Kontenbuchungen gegeben.

In dem als solchem unstreitigen Umstand, dass bis 2011 keine Gesellschafterdarlehen 54
bilanziert wurden, hat die Beklagte ein negatives Schuldanerkenntnis erblickt.

Unabhängig davon habe sich die Klägerin im Jahr 2012 in keiner kritischen Liquiditätslage 55
befunden. Eine solche sei nur vorgetäuscht worden, um anlässlich einer Kapitalerhöhung
weitere Vergütungen zu generieren. In Wahrheit habe es gegen den Charterer werthaltige
Forderungen aufgrund von Zahlungsrückständen gegeben, für die ein Garant gebürgt habe,
so dass die Forderungen kurzfristig hätten eingezogen werden können. Soweit dies versäumt
worden sei, bestehe eine Schadensersatzforderung gegen die Geschäftsführung, die
ebenfalls als Liquidität zu berücksichtigen sei. In der Liquiditätsberechnung seien die
Schiffsbetriebskosten zudem überhöht bzw. ohne Berücksichtigung der Ausgleichspflichten
des Schiffsmangers angesetzt worden; die kalkulierten Verwaltungskosten seien überzogen.
Detailinformationen seien den Anlegern gezielt verweigert worden.

Schlussendlich befinde sich die Klägerin bereits in der Liquidationsphase, was mangels 56
ungedeckter Forderungen von Drittgläubigern eine isolierte Rückforderung sperre. Die
Liquidation folge aus den gefassten Gesellschafterbeschlüssen und der Veräußerung des
Schiffes.

Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben und dies im Wesentlichen wie 57
folgt begründet: Der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch bestehe gemäß § 4 Ziff. 9
Abs. 3 i.V.m. § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages. In diesen Regelungen komme – auch
unter Berücksichtigung der für eine Publikumsgesellschaft geltenden Maßstäbe – hinreichend

deutlich zum Ausdruck, dass die Auszahlungen gemäß § 11 Ziff. 4 des Vertrages unter dem Vorbehalt einer Rückforderung stünden sowie unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Rückzahlungen geltend gemacht werden könnten. Für die Wirksamkeit der Regelungen komme es auch nicht darauf an, ob – und ggf. wie – eine konten- und bilanztechnische Verbuchung erfolgen könne. Auf die Darstellung im Emissionsprospekt komme es ebenfalls nicht an. Selbst wenn hier Fehler vorliegen sollten, würden diese nur zu Prospekthaftungsansprüchen der Beklagten führen, nicht aber zur Unwirksamkeit der Regelungen des Gesellschaftsvertrags. Auf die Rückforderbarkeit habe auch nicht in den Ausschüttungsmitteilungen hingewiesen werden müssen, da sich diese bereits aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe. Weiterhin lägen auch die vertraglichen Voraussetzungen für eine Rückforderung vor. Bei den streitgegenständlichen Auszahlungen handele es sich um solche, durch die es zu einem Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB gekommen sei. Zudem habe auch eine kritische Liquiditätslage (wie von § 4 Ziff. 9 Abs. 3 des Vertrags bei sachgerechter Auslegung vorausgesetzt) vorgelegen. Dies ergebe sich aus den schlüssigen Darlegungen der Klägerin, denen die Beklagte nicht erheblich entgegengetreten sei. Die einmal entstandene Rückzahlungsforderung sei auch nicht durch eine nachträgliche Verbesserung der Liquiditätslage wieder entfallen. Aus der zunächst unterbliebenen Aktivierung der streitgegenständlichen Forderung in der Bilanz lasse sich kein negatives Schuldanerkenntnis herleiten. Die kritische Liquiditätslage, die Voraussetzung für die Entstehung des Rückforderungsanspruchs gewesen sei, sei erst 2012 eingetreten, so dass die Zahlungsansprüche vorher gar nicht hätten aktiviert werden können. Der Klageforderung stehe auch keine Durchsetzungssperre entgegen. Ein Liquidationsbeschluss sei weder ausdrücklich noch konkludent gefasst worden; die auf eine Liquidation abzielenden Mitteilungen der Fondsverwaltung seien rechtlich nicht verbindlich. Auch die Veräußerung des Schiffes habe als solche noch nicht zu einer Liquidation der Gesellschaft geführt.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt und hierzu ihre erstinstanzlich vorgebrachten Argumente wiederholt und vertieft. Unter anderem führt sie aus, die Exklusivität zwischen Entnahmen und Darlehen zeige sich auch daran, dass die nachträgliche Umwidmung einer Entnahme in ein Darlehen entweder den Gläubigern die Haftung des einzelnen Kommanditisten unzulässigerweise wieder entziehe oder für den Kommanditisten die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme begründe.

58

Unabhängig davon seien die tatsächlichen Voraussetzungen der vom Landgericht angenommenen Anspruchsgrundlage nicht erfüllt: Zum Zeitpunkt der Rückforderung sei die Klägerin nicht auf Zufuhr von Liquidität angewiesen gewesen. Der Vortrag der Klägerin hierzu sei substanzlos, ihre Liquiditätsberechnung grob falsch, unschlüssig und nicht nachvollziehbar.

59

Die Beklagte beantragt,

60

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 08.07.2016 (6 O 508/15) aufzuheben und die Klage abzuweisen,

61

Die Klägerin beantragt,

62

die Berufung zurückzuweisen.

63

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Insbesondere hänge die Wirksamkeit einer Vereinbarung unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nicht davon ab, ob und ggf. wie sich das vereinbarte

64

Ergebnis bilanziell darstellen lasse. Auch befinde sie sich nicht im Liquidationsstadium. Die dazu erforderliche förmliche Beschlussfassung sei nicht erfolgt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des wechselseitigen Parteivorbringens wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 65

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen X. Auf das Protokoll vom 21.06.2017 und den zugehörigen Berichterstattevermerk wird Bezug genommen. 66

II. 67

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung von 70.777,76 Euro nebst Zinsen verurteilt. 68

1. 69

Hinsichtlich der Hauptforderung ergibt sich der geltend gemachte Zahlungsanspruch aus §§ 4 Nr. 9, 3. Abs.; 11 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages i. V. m. § 488 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB. 70

a) 71

Ein Anspruch auf Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen entsteht nicht schon dann, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages von § 169 Abs. 1 HGB nicht gedeckte - weil gewinnunabhängige – Auszahlungen zu Lasten seines Kapitalanteils geleistet werden, sondern setzt stets voraus, dass der Gesellschaftsvertrag eine solche Rückzahlung vorsieht (vgl. BGH, Urt. v. 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 4 S. 1 – vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urt. v. 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, Urt. v. 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, Urt. v. 12.03.2013 - II ZR 73/11, NZG 2013, 738 - Rz. 12). 72

b) 73

Der hier in Rede stehende Gesellschaftsvertrag enthält in §§ 4 Nr. 9, 3. Abs.; 11 Nr. 5 eine Regelung, aus der sich ein Vorbehalt der Rückforderung entnehmen lässt. 74

75

Der Vertrag weist deutliche inhaltliche Abweichungen zu dem Gesellschaftsvertrag auf, über den der BGH in den beiden Entscheidungen vom 12.03.2013 zu befinden hatte und gleicht – bis auf wenige Präzisierungen – dem Vertrag, welcher den Entscheidungen des Senats vom 09.02.2015 (8 U 103/14 und 8 U 104/14, jeweils veröffentlicht u. a. bei juris) und denen des BGH vom 01.03.2016 (II ZR 66/15 und II ZR 67/15, jeweils veröffentlicht u. a. bei juris) zugrunde gelegen hat. In den letztgenannten Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof die durch den Senat vorgenommene Vertragsauslegung und die Würdigung, die daraus resultierende Regelung sei nicht überraschend, aus revisionsrechtlicher Sicht für den damaligen Gesellschaftsvertrag gebilligt.

Mit den Formulierungen des vorgenannten Vertrags (F-Fonds Nr. ####b) stimmen diejenigen des nunmehr streitgegenständlichen Vertrags (F-Fonds Nr. ####a) hinsichtlich der maßgeblichen Passagen weitgehend überein. In § 4 Nr. 9, letzter Absatz enthalten die Regelungen des hiesigen Vertrages gegenüber dem älteren Vertragsmuster Präzisierungen, die weder zu einer inhaltlichen Unklarheit führen, noch einen anderen Sinngehalt haben. Während es beim Fonds Nr. ####b hieß, auf dem Einlage-/Entnahme-/Darlehenskonto würden sämtliche Entnahmen/Ausschüttungen gebucht, soweit Letztere zu einem Wiederaufleben der Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft führten; diese würden als zinslose Darlehensverbindlichkeiten gebucht, heißt es nunmehr, auf dem besagten Konto würden sämtliche Entnahmen/Ausschüttungen gebucht; soweit Letztere zu einem Wiederaufleben der Haftung ... führten, würden diese als zinslose Darlehensverbindlichkeiten ... gebucht. Auch im Übrigen betreffen die Abweichungen des hier streitgegenständlichen Vertrages gegenüber dem des Fonds Nr. ####b – soweit für die Streitfrage relevant – nur Nuancen. Teilweise wird die Behandlung der Ausschüttungen als rückforderungsbares Darlehen sogar noch konsequenter zum Ausdruck gebracht, beispielsweise in § 4 Nr. 5 S. 2 des Vertrages, der im Zusammenhang mit Nachschusspflichten die „Darlehensverbindlichkeit bei Ausschüttungen gemäß § 11 Ziff. 5“ ausdrücklich unberührt lässt. Dies entspricht der (bereits im Vertrag des Fonds Nr. ####b enthaltenen) Formulierung in § 8 Ziff. 4, ist jedoch gegenüber dem dort verwendeten Begriff der „Darlehensregelung“ in § 4 Nr. 5 S. 2 jetzt mit „Darlehensverbindlichkeit“ noch deutlicher formuliert. 76

Die Ausführungen in den veröffentlichten Urteilen des Senats vom 09.02.2015 (8 U 103/14 und 104/14), auf die Bezug genommen wird, treffen demnach erst recht für den vorliegenden Fall zu. Dies umfasst insbesondere auch die Auslegung der in § 4 Ziff. 9 enthaltenen Formulierung, wonach die Rückzahlung aufschiebend bedingt von der Liquiditätslage der Gesellschaft abhängig sei. Diese kann – bei der gebotenen engen Auslegung, die im Zweifel zu Lasten der Klägerin als Verwenderin vorzunehmen ist – nur dahingehend verstanden werden, dass sich die Klägerin in einer kritischen Liquiditätslage befinden und auf die Zufuhr von Liquidität angewiesen sein muss. Durch die Anknüpfung an diese Bedingung liegt zudem der vom BGH (Urt. v. 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. 77

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Regelung des Gesellschaftsvertrags zum Schicksal der Ausschüttungen in der Liquidationsphase. Zwar stellt grundsätzlich eine fehlende Verrechnungsmöglichkeit in der Liquidationsphase ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass auch in der Betriebsphase eine Rückforderung nicht gewollt war (BGH, Urt. v. 78

12.03.2013 - II ZR 73/11, NZG 2013, 738 - Rz. 26). Jedoch bedarf es einer Berücksichtigung solcher indizieller Gesichtspunkte nicht, wenn die originären Regelungen zur Rückforderbarkeit – wie hier – hinreichend klar sind. Zudem schließt der vorliegende Gesellschaftsvertrag eine Verrechnung mit erhaltenen Entnahmen keineswegs generell aus. Eine solche Regelung findet sich nur hinsichtlich eines 7%-igen Anteils der Ausschüttungen an Garant-Kommanditisten. Damit soll ersichtlich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Zahlungen der Garant-Kommanditisten gemäß § 4 a des Gesellschaftsvertrages zu 90 % als Gesellschafterdarlehen gewährt werden, welche die Gesellschaft mit 7 % p. a. zu verzinsen hat. Hinsichtlich des darüber hinausgehenden Anteils ist gemäß § 13 Abs. 2 des Vertrages eine Verrechnung in der Liquidation jedoch ausdrücklich vorgesehen. Zudem ist in diesem Zusammenhang auch § 11 Nr. 5 des Vertrages in den Blick zu nehmen. Danach kann jeder Kommanditist auf die Ausschüttungen in der Betriebsphase verzichten, um ein Wiederaufleben seiner Haftung zu vermeiden. Mit dieser Zielsetzung eines Verzichts wäre es nicht vereinbar, wenn die Ausschüttungen in der Liquidationsphase nicht nachgeholt würden bzw. wenn nicht im Wege der Verrechnung eine Gleichbehandlung mit den Kommanditisten, die Ausschüttungen empfangen, wiederhergestellt würde.

Die in § 4 Nr. 9 des Gesellschaftsvertrags enthaltene Regelung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des von der Klägerin gesehenen Exklusivitätsverhältnisses von Darlehen und Entnahmen unwirksam oder unklar. Zwar stellt eine Darlehensgewährung der Gesellschaft an einen Kommanditisten grundsätzlich keine Kapitalentnahme im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB dar (vgl. Baumbach/Hopt/Roth HGB, 37. Aufl., § 172 Rn. 6, beck-online). Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Rückzahlung ernstlich gewollt und der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist (OLG Hamm, Urt. v. 07.07.2010, 8 U 106/09, NZG 2010, 1298, beck-online). Anderenfalls kann auch eine darlehensweise gewährte Auszahlung als Kapitalentnahme im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB zu werten sein. Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen Bedenken, wenn der Gesellschaftsvertrag – in umgekehrter gedanklicher Richtung – eine Regelung enthält, wonach eine Kapitalentnahme im Innenverhältnis unter einer bestimmten, zum Zeitpunkt der Auszahlung hinsichtlich ihres Eintritts noch ungewissen Voraussetzung als Darlehensgewährung behandelt werden soll. Denn bei dieser vertraglichen Konzeption stellt die bedingte Rückzahlungspflicht zum Zeitpunkt der Auszahlung noch keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch dar, der einer Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB entgegenstehen würde. Da eine gewinnunabhängige Ausschüttung gemäß § 11 Nr. 4 S. 1 des Gesellschaftsvertrags nur bei einer auskömmlichen Liquiditätslage erfolgen darf, ist zu diesem Zeitpunkt noch völlig ungewiss, ob eine kritische Liquiditätslage, die Voraussetzung der Rückzahlungspflicht ist, jemals eintreten wird. Diese Bedingung bestimmt somit keineswegs nur den Zeitpunkt einer bereits feststehenden Rückzahlungspflicht. Vielmehr betrifft die Voraussetzung einer kritischen Liquiditätslage das „ob“ einer solchen Verpflichtung im Sinne einer aufschiebenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 1 BGB. Darauf deutet auch der Wortlaut, wonach die Rückzahlung(spflicht) „*aufschiebend bedingt*“ sei. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerin betonten Gesichtspunkt, wonach die Formulierung nicht die Darlehensbildung, sondern die „Rückzahlung“ unter eine aufschiebende Bedingung stellt. Da eine Rückzahlungspflicht gemäß § 488 Abs. 1 BGB inhaltliche Voraussetzung eines Darlehensvertrags ist, kann ohne eine solche Verpflichtung noch nicht vom abschließenden Zustandekommen eines Darlehensvertrags ausgegangen werden.

79

Eine der Klägerin günstigere Vertragsauslegung ist auch nicht im Hinblick auf den Inhalt des Emissionsprospekts geboten. Zwar können bei der – objektiv und grundsätzlich aus sich heraus vorzunehmenden – Auslegung von Publikumsgesellschaftsverträgen ergänzend auch Ausführungen im Emissionsprospekt in den Blick genommen werden (vgl. BGH, Urt. v. 08.10.2013, II ZR 272/12, Rn. 13, 20, juris). Jedoch fehlt es hier schon an Unklarheiten, die

80

einen solchen Rückgriff auf den Prospekt erforderlich machen würden. Darüber hinaus lässt sich aus dem hier maßgeblichen Prospekt auch nichts herleiten, was die Sichtweise der Klägerin stützen könnte. Denn ausweislich der als Anlage K9 vorgelegten auszugsweisen Fotokopie des Prospekts heißt es dort (Seite 56 des Prospekts, Bl. 128 d. A.): „Sollte jedoch infolge von Ausschüttungen (= Entnahmen) das Eigenkapitalkonto herabgesetzt werden, lebt gemäß § 172 HGB die Haftung in Höhe der Ausschüttungen wieder auf. Die Ausschüttungen werden nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag als Darlehen gegenüber dem Kommanditisten/Treugeber behandelt und können gegebenenfalls von der Gesellschaft im Bedarfsfall einer Liquiditätsenge zurückgefordert werden.“

c) 81

Die streitgegenständliche Regelung ist weder überraschend noch benachteiligt sie die Klägerin als Kommanditistin unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. 82

Obgleich sich die Regelungen in § 4 Nr. 5, Nr. 9, 3. Abs. und § 11 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages nicht in unmittelbarer textlicher Nähe zueinander befinden, stehen sie in erkennbarem inhaltlichen Bezug. Das sich daraus insgesamt ergebende Regelungskonzept ist bei der von einem Kapitalanleger zu erwartenden sorgfältigen Befassung mit dem gesamten Inhalt des Gesellschaftsvertrages hinreichend deutlich. 83

Im Hinblick auf eine – hier zu verneinende – unangemessene Benachteiligung ist im Ausgangspunkt zu bedenken, dass ein Gesellschafter nach dem gesetzlichen Regelfall gemäß § 169 Abs. 1 HGB von vornherein keinen Anspruch auf gewinnunabhängige Ausschüttungen hat. Wenn der Gesellschaftsvertrag demgegenüber einen gewinnunabhängigen Ausschüttungsanspruch vorsieht, stellt dies auch unter Berücksichtigung des an hinreichend klare Voraussetzungen geknüpften Rückforderungsvorbehalts in der Gesamtschau eine Besserstellung gegenüber dem gesetzlichen Normalfall dar. Dabei ist auch zu bedenken, dass der Gesellschaftsvertrag es den Kommanditisten freistellt, auf derartige Ausschüttungen zu verzichten, um die Unwägbarkeiten einer etwaigen späteren Rückforderung von vornherein zu vermeiden. 84

Die Ansicht der Klägerin, die streitgegenständliche Vertragsregelung setze die Kommanditisten der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme aus, vermag der Senat nicht zu teilen. Die Gefahr einer Inanspruchnahme durch Gläubiger der Gesellschaft können die Kommanditisten vermeiden, indem sie entweder – wie von § 11 Nr. 5 des Vertrags ausdrücklich ins Auge gefasst – auf eine Entnahme verzichten, oder indem sie nach dem Eintritt einer kritischen Liquiditätslage (und dem Aufleben des Rückforderungsanspruchs der Gesellschaft) eine Rückzahlung an die Gesellschaft leisten. Spätestens mit einer derartigen Rückzahlung wäre die Haftung gegenüber Dritten wieder gemäß § 171 HGB ausgeschlossen. Umgekehrt hätte ein Kommanditist im Falle einer erfolgreichen Inanspruchnahme durch einen Gläubiger der Gesellschaft gegen diese einen Regressanspruch aus § 110 HGB, mit welchem er gegen den Darlehensanspruch der Gesellschaft aufrechnen könnte. Diese Aufrechnung wäre auch in einem späteren Insolvenzverfahren möglich (vgl. Baumbach/Hopt/Roth, HGB 37. Aufl., § 171 Rn. 8, 13, 14 beck-online, m. w. N.). 85

Soweit die Klägerin meint, Rückzahlungen auf den Darlehensanspruch könnten mangels einer auf Eigenkapitaleinzahlung gerichteten Tilgungsbestimmung Dritten bzw. einem Insolvenzverwalter gegenüber nicht als Zahlung i. S. v. § 171 Abs. 1, 2. Hs. HGB gewertet werden, verkennt sie den Doppelcharakter derartiger Rückzahlungen. Wenn – wie hier – eine bestimmte Auszahlung im Außenverhältnis als Kapitalrückzahlung gewertet wird und dieselbe Zahlung zugleich im Innenverhältnis einen nach Darlehensregeln abzuwickelnden 86

Erstattungsanspruch begründet, dann ist auch eine Erstattung durch den Kommanditisten – spiegelbildlich – unter beiden rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme besteht somit nicht.

d) 87

Die streitgegenständliche Vertragsregelung wurde auch nicht durch die Art und Weise der kontenmäßigen Verbuchung oder aufgrund sonstigen Verhaltens der Klägerin nachträglich abbedungen. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass ein Gesellschaftsvertrag nach der Rechtsprechung des BGH durch jahrelange einverständliche Praxis konkludent für die Zukunft abgeändert werden könne, betrifft das in Bezug genommene Urteil (Urt. v. 17.01.1966, II ZR 8/64) eine OHG mit einer überschaubaren Anzahl an Gesellschaftern. Die darin aufgestellten Rechtsgrundsätze sind auf Publikumsgesellschaften – wie hier die Klägerin – nicht ohne weiteres anwendbar (BGH, Urt. v. 05.02.1990 – II ZR 94/89 –, Rn. 7-8, juris). Derartiges kommt bei Publikumsgesellschaften allenfalls in Ausnahmefällen unter besonderen Umständen in Betracht, die hier erkennbar nicht vorliegen. Die kontenmäßige Verbuchung lag allein in den Händen der Geschäftsleitung, und es wäre fernliegend anzunehmen, dass sämtliche Gesellschafter die Buchungsvorgänge mit dem Willen gebilligt haben könnten, den Gesellschaftsvertrag mit Wirkung für die Zukunft abzuändern.

e) 89

Nach den genannten Regelungen des Gesellschaftsvertrages ist die Klägerin als Anspruchsinhaberin aktivlegitimiert. 90

Die Passivlegitimation der Beklagten ergibt sich aus ihrer Stellung als Kommanditistin. Ob sie entsprechend der Beitrittserklärung vom 28.11.2004 (Anl. B1) hinsichtlich bestimmter Anteile Treuhandkommanditistin oder entsprechend dem als Anl. B13 eingereichten Handelsregistrauszug Direktkommanditistin ist, kann dahinstehen. Denn § 1 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages stellt Treugeber im Innenverhältnis mit Direktkommanditisten gleich. 91

f) 92

Soweit der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch den Erhalt von Kapitalentnahmen voraussetzt, die zu einem Wiederaufleben der Haftung der Beklagten im Außenverhältnis geführt haben, ist das tatsächliche Vorliegen dieser Umstände unstreitig. 93

Das anfängliche Bestreiten des Erhalts gewinnunabhängiger Ausschüttungen in erster Instanz hat die Beklagte erkennbar nicht mehr aufrechterhalten, nachdem die Klägerin die einzelnen Ausschüttungen mit Schriftsatz vom 17.05.2016 (dort S. 3., Bl. 77 d. A.) konkretisiert hatte. Mit Schriftsatz vom 22.06.2016 (dort S. 3, Bl. 144 d. A.) hat die Beklagte nur noch geltend gemacht, von den Auszahlungen entfele ein Teilbetrag von 1.600,- € auf Zinsen eines Gesellschafterdarlehens. Entsprechend hat sie vor dem Senat durch ihren Prozessbevollmächtigten mündlich verhandelt. 94

Reduziert man die Ausschüttungen an die Beklagte um den vorgenannten Betrag von 1.600,- €, verbleibt eine Summe, die noch immer deutlich oberhalb des Betrages liegt, den die Klägerin unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich von der Beklagten geleisteten Rückzahlungen weiterhin zurückfordert. Hinsichtlich dieser Beträge ist unstreitig, dass es sich dabei um gewinnunabhängige Entnahmen handelte, die gemäß § 172 Abs. 4 HGB zu einem Wiederaufleben der Haftung der Beklagten im Außenverhältnis geführt haben. 95

g)

Unerheblich ist, dass die Ausschüttungen nicht ausdrücklich als „Darlehen“, sondern als nicht zu versteuernde Entnahmen schriftlich angekündigt wurden. Der im Gesellschaftsvertrag formulierte Rückforderungsvorbehalt und die (an eine aufschiebende Bedingung geknüpfte) Behandlung dieser Auszahlungen als Darlehen hängen nach den vertraglichen Regelungen nicht davon ab, dass bei der Auszahlung nochmals auf den möglichen Darlehenscharakter hingewiesen wird. Aufgrund der abschließenden Regelung im Gesellschaftsvertrag waren weitere Vereinbarungen entbehrlich. 97

h)

98

Nach § 4 Ziff. 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ist die „Rückzahlung aufschiebend bedingt von der Liquiditätslage der Gesellschaft abhängig“. Diese Regelung ist – wie oben dargestellt – in Anlehnung an § 315 Abs. 2 BGB eng auszulegen und so zu verstehen, dass sich die Klägerin in einer kritischen Liquiditätslage befinden und auf die Zufuhr von Liquidität angewiesen sein muss, um Auszahlungen der streitgegenständlichen Art zurückfordern zu können. 99

Diese Voraussetzung ist nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme im Jahr 2012 eingetreten. Danach steht fest, dass die Klägerin – erstmals – im Jahr 2012 in die Lage geriet, in Kürze fällig werdende Verbindlichkeiten, nämlich die Tilgungsraten auf das Schiffshypothekendarlehen, nicht mehr begleichen zu können, so dass eine Insolvenz nur durch eine Stundungsvereinbarung mit der finanzierenden Bank abgewendet werden konnte. Zu einer solchen Vereinbarung war die Bank zur Überzeugung des Senats nur unter der Bedingung bereit, dass die Anleger – durch eine Kapitalerhöhung, hilfsweise durch die Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen – einen eigenen Sanierungsbeitrag leisteten, und zwar in einer letztlich von der Bank vorgegebenen Höhe. Weiterhin steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch fest, dass die von den Gesellschaftern daraufhin beschlossene und durchgeführte Kapitalerhöhung nicht genügte, die bankseitigen Bedingungen zu erfüllen, so dass zur Erfüllung dieser Vorgaben ergänzend die Rückforderung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen in dem von der Klägerin mit Schreiben vom 03.08.2012 dargestellten Umfang erforderlich war, um die Bank zu einer Stundung der Darlehensraten bewegen und eine durch Zahlungsunfähigkeit bedingte Insolvenz somit abwenden zu können. 100

Den Umstand, dass die Gesellschaft in 2012 über keine hinreichenden liquiden Mittel zur Tilgung der fällig werdenden Hypothekenraten mehr verfügte, erläuterte der Zeuge X schlüssig damit, dass der Charterer seinen Zahlungspflichten nicht mehr nachgekommen war und es – bedingt durch die Schiffsmarktkrise und den Verfall der Charraten – auch keinen anderen potentiellen Charterer gab, an den das Schiff der Klägerin zu ähnlich hohen Raten hätte verchartert werden können. Zugleich sei der Charterer – wie der Zeuge erläuterte – aufgrund eigener wirtschaftlicher Schwierigkeiten nicht in der Lage gewesen, die fälligen Zahlungen zu erbringen, so dass es angesichts des bereits eingetretenen Preisverfalls des Schiffes und der damals erwarteten Markterholung sinnvoll erschienen sei, aufgelaufene Rückstände zu stunden und sich auf die Zahlung leistbarer künftiger Raten zu verständigen. Somit habe die Klägerin gravierend geringere Einnahmen erzielt und habe, unter Berücksichtigung bereits geleisteter Vorauszahlungen, letztmals im Jahr 2011 die fälligen Hypothekenraten begleichen und den Tilgungsplan einhalten können. Die im Jahr 2012 fällig werdende Rate habe jedoch nicht mehr beglichen werden können, was bereits im Vorfeld Stundungsverhandlungen mit der finanzierenden Commerzbank erforderlich gemacht habe, die aufgrund eigener, inhaltlich im Wesentlichen der Darstellung im hier vorgelegten 101

Geschäftsbericht vom 16.04.2012 entsprechender Prüfung dann Beiträge der Gesellschafter in dem Umfang eingefordert habe, wie es sich aus dem Schreiben vom 03.08.2012 ergebe.

An der Richtigkeit und Verlässlichkeit der Aussage des Zeugen hat der Senat keinen Zweifel. 102
Als Prokurist der Geschäftsbesorgerin, der u. a. für den streitgegenständlichen Schiffsfonds zuständig war, hatte der Zeuge umfassende Einblicke in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, kannte die bestehenden Vereinbarungen nebst ihrer wirtschaftlichen Zusammenhänge und war an der Gestaltung der beschriebenen Restrukturierungsmaßnahmen selbst umfassend beteiligt. Auch wenn er sich bei der Erörterung des konkreten Zahlenmaterials verständlicherweise auf die unter seiner Mitwirkung erstellten Geschäftsberichte stützen musste, hatte er die grundsätzlichen Zusammenhänge und die Größenordnungen der in Rede stehenden Beträge erkennbar in präsender Erinnerung.

Der Senat schließt aus, dass der Zeuge die von ihm beschriebenen wirtschaftlichen 103
Schwierigkeiten fehlerhaft wahrgenommen oder bewusst oder unbewusst unzutreffend wiedergegeben haben könnte. Der von ihm beschriebene wirtschaftliche Hintergrund, wonach es wegen eines Überangebots an Schiffsraum in den Jahren bis 2012 zu einem Verfall der Charraten gekommen war, entspricht der allgemein bekannten damaligen Wirtschaftslage, wie sie Gegenstand zahlreicher Presseartikel war. Auch die Beklagte stellt nicht infrage, dass die Situation auf dem Schiffsmarkt prinzipiell in der beschriebenen Weise angespannt war. Zudem deckt sich die Schilderung des Zeugen, wonach es hinsichtlich der vom Charterer zu zahlenden Raten in erheblichem Umfang zu Rückständen gekommen war, mit dem Vortrag der Beklagten, die (z. B. im Schriftsatz vom 22.06.2016, dort S. 37, Bl. 172 d. A.) darauf verweist, per 31.12.2012 hätten offene – d. d. rückständige – Forderungen aus Lieferungen und Leistungen i. H. v. rund 22 Mio. USD gegen den Charterer bestanden, davon rund 12 Mio. USD aus den Jahren 2010 und 2011. Auch im Übrigen bestehen hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage keine Zweifel. Dabei hat der Senat das Näheverhältnis des Zeugen zur Klägerin bzw. ihrer Geschäftsbesorgerin gesehen und bedacht. Jedoch erachtet der Senat das ihnen von der Beklagten unterstellte Motiv als lebensfremd und fernliegend, die Klägerin bzw. der Zeuge könnten die Notwendigkeit einer Restrukturierung damals wahrheitswidrig vorgespiegelt haben, um sich durch den Weiterbetrieb des Fonds ihre Einnahmen zu erhalten und um durch die Kapitalerhöhung zusätzliche Einnahmen zu generieren. Diese Unterstellung lässt bereits unberücksichtigt, dass es ohne den beschriebenen Restrukturierungsbedarf und bei einer kurzfristigen Realisierbarkeit der Außenstände problemlos möglich gewesen wäre, den Fonds auch ohne eine Kapitalerhöhung weiter zu betreiben, so dass die Geschäftsbesorgerin in einem solchen – unterstellten – Szenario ihre planmäßige Vergütung ohnehin erhalten hätte. Das einzige theoretisch denkbare Eigeninteresse konnte daher in der Generierung etwaiger zusätzlicher Einnahmen liegen, dem jedoch ein beträchtlicher Arbeitsaufwand und ein erheblicher Verlust an Renommee absehbar gegenüberstand und das bei realistischer Bewertung kein hinreichendes Gewicht hat, um den Schluss auf eine wahrheitswidrige Vorspiegelung eines tatsächlich nicht bestehenden Restrukturierungsbedarfs zu rechtfertigen.

Der bei der Klägerin eingetretene Liquiditätsengpass ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt 104
zu verneinen, dass fällige Forderungen gegen den Charterer und den Garanten bestanden. Wie der Zeuge X schlüssig erläuterte, bestanden damals keinerlei Aussichten, diese Außenstände kurzfristig realisieren zu können, da sich der Charterer ebenfalls in einer kritischen Liquiditätslage befunden habe. „Selbstverständlich“ – so der Zeuge – seien die Außenstände angemahnt und Gespräche geführt worden, was jedoch nur zu vereinzelt Zahlungen auf Rückstände geführt habe, bis die Rückmeldung gekommen sei, es gehe nicht

mehr. Hintergrund sei gewesen, dass die Charterer Verluste eingefahren hätten, da sie nicht mehr in der Lage gewesen seien, kostendeckend unterzuverchartern. Vor diesem Hintergrund sei – neben weiteren Charterern – nicht nur der Charterer der Klägerin teilweise zahlungsunfähig gewesen, sondern auch der Garant, der die Muttergesellschaft aller Charterer gewesen sei, an welche die Klägerin und ihre Schwesterfonds verchartert hätten. Von dem Garant, der stellvertretend für die Charterer verhandelt habe, sei glaubhaft kommuniziert worden, dass kein Geld da gewesen sei, um die Rückstände auszugleichen. Danach steht – unabhängig vom Wahrheitsgehalt der damaligen Aussagen des Garant – jedenfalls fest, dass eine Zahlung auf die Außenstände allenfalls nach einer gerichtlichen Geltendmachung hätte durchgesetzt werden können. Eine solche hätte – unabhängig von den zweifelhaften Vollstreckungsaussichten – jedenfalls so viel Zeit in Anspruch genommen, dass die anstehenden Zahlungen auf die in 2012 fällig werdenden Hypothekenraten dadurch nicht hätten ermöglicht werden können. Entsprechendes gilt für etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsbesorgerin, hinsichtlich derer der vom Senat persönlich angehörte Vertreter der Beklagten erklärt hat, dass hier natürlich mit einer mehrjährigen Prozessdauer zu rechnen gewesen sei und eine freiwillige Zahlungsbereitschaft unstreitig nicht bestanden habe.

Soweit die Beklagte die damals von der Geschäftsbesorgerin aufgestellten Prognoseberechnungen angreift, lassen ihre Einwände die damalige Notwendigkeit, eine Stundung der Hypothekenraten zu erreichen, als solche nicht entfallen. 105

Die Differenz zwischen dem im Jahresabschluss 2011 ausgewiesenen Kassenbestand und dem unter Ziff. 5.9 des außerordentlichen Geschäftsberichts vom 16.04.2012 (Anl. K8, S. 13, Bl. 126 d. A.) ausgewiesenen Liquiditätsvortrag hat der Zeuge X nachvollziehbar damit erläutert, dass in letzteren auch die kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten und Forderungen – letztere mit Ausnahme der Chatteraten – eingerechnet worden seien. Eine solche Berechnung war der Sache nach korrekt, da bei der Prüfung, ab wann eine Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO drohte, nicht nur die Hypothekenraten, sondern auch alle anderen fällig werdenden Verbindlichkeiten in den Blick zu nehmen waren. 106

Auf den Einwand, es sei nicht im Einzelnen nachvollziehbar, durch welche konkreten Forderungen der im Jahresabschluss 2011 ausgewiesene Kassenbestand rechnerisch verbraucht worden sei, kommt es nicht an, da selbst ein Anfangskontostand von 1,355 Mio. € nicht genügt hätte, die fällig werdenden Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dies wird an folgender Berechnung deutlich: 107

	Euro	USD (Kurs 1,3)
Kassenbestand	1.355.000,00 €	\$1.761.500,00
progn. Chatteraten	4.830.000,00 €	\$6.279.000,00
Bereedung	-171.538,46 €	-\$223.000,00
Broker-Kommission	-276.923,08 €	-\$360.000,00
Schiffsbetriebskosten	-3.447.692,31 €	-\$4.482.000,00
Hypothekenzinsen	-580.000,00 €	-\$754.000,00
Hypothekentilgung	-3.969.230,77 €	-\$5.160.000,00
Fondsverwaltung	-415.000,00 €	-\$539.500,00
Summe	-2.675.384,62 €	-\$3.478.000,00

108

An dem grundsätzlichen Erfordernis, eine Stundung der fällig werdenden Hypothekenraten auszuhandeln, ändert sich somit auch dann nichts, wenn man die variablen Hypothekenzinsen entsprechend der Behauptung der Beklagten, diese seien im Jahr 2012 um 143.000,- € geringer gewesen, um den genannten Betrag reduziert. 109

110

Auch die übrigen Einwände der Beklagten im Hinblick auf den Umfang der von den Kommanditisten zu erbringenden finanziellen Sanierungsbeiträge erweisen sich als unerheblich, so dass dem Beweisangebot, den Einwänden durch ein Sachverständigengutachten näher nachzugehen, nicht nachzukommen war. Aufgrund des grundsätzlichen Erfordernisses, die finanzierende Bank zu einer Stundung der Hypothekenraten zu bewegen, war es nach den überzeugenden Erläuterungen des Zeugen X nötig, deren Bedingungen zu erfüllen. Diese habe die Liquiditätsberechnungen der Fondsverwaltung keineswegs ungeprüft übernommen, sondern – wie der Zeuge ausführt – selber nachgerechnet. Daher erübrigt sich die Frage, ob die angestellte Prognose hinsichtlich der von der Beklagten angegriffenen Aspekte möglicherweise zu konservativ war und eine Restrukturierung gegebenenfalls auch mit etwas geringeren Eigenleistungen der Anleger hätte bewerkstelligt werden können. Unabhängig davon erscheint es aber auch nachvollziehbar, dass die finanzierende Bank darauf bedacht war, einer Stundung der Raten nur unter der Bedingung zuzustimmen, dass sich auch bei konservativer, vorsichtiger Berechnung eine tragfähige positive Fortführungsprognose ergab und die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit der Gesellschaft ohne das Erfordernis etwaiger weiterer Sanierungsmaßnahmen gesichert war. Dieses nachvollziehbare Interesse der finanzierenden Bank wird auch nicht durch den Umstand entkräftet, dass diese durch das Schiff (rechnerisch auskömmlich) abgesichert war. Da sich der restliche Darlehensstand von ca. 15 Mio. USD auf etwa 75 % des damaligen (Schrott-)wertes des Schiffes von ca. 20 Mio. USD belief, bestand unter Berücksichtigung etwaiger bei einer Verwertung anfallender Kosten und der Möglichkeit eines weiteren Absinkens des Schiffswertes durchaus noch ein nicht völlig vernachlässigbares Risiko für die Bank, gerade auch angesichts der Möglichkeit, dass es aus damaliger Sicht zu gleichzeitigen Notverkäufen mehrerer Schiffsfonds hätte kommen können. Im Übrigen kommt es auch nicht darauf an, ob sich die finanzierende Bank aus objektiver Sicht ggf. zu vorsichtig verhalten haben könnte. Für die Klägerin gab es jedenfalls keine Möglichkeit, eine Stundung zu erreichen, ohne auf die bankseitig gestellten Bedingungen einzugehen. Andere Banken waren jedenfalls nach dem glaubhaften Bekunden des Zeugen X nicht bereit, die Finanzierung zu übernehmen, was angesichts der Auswirkungen der Schiffsmarktkrise und den bekanntermaßen in das Jahr 2012 weiter hineinwirkenden Auswirkungen der allgemeinen Finanzmarktkrise auch nachvollziehbar erscheint.

111

Die grundsätzlich schon in 2012 gegebene Möglichkeit, das Schiff zu veräußern, das Darlehen vollständig abzulösen und die Gesellschaft aufzulösen, lässt den Restrukturierungsbedarf nicht entfallen, da sich die Gesellschafter der Klägerin unstreitig gegen diese Option entschieden hatten. Unabhängig davon wäre nach der auch insoweit plausiblen Darstellung des Zeugen auch gar nicht gewährleistet gewesen, die Zahlung aus einem etwaigen Verkauf bis zur Fälligkeit der ersten Hypothekenrate im Jahr 2012 zu erhalten.

112

Eine weitere Beweisaufnahme zum Vorliegen einer erstmals in 2012 eingetretenen kritischen Liquiditätslage bedurfte es nach alledem nicht. Die gegenbeweisliche Einholung eines Sachverständigengutachtens kam nicht in Betracht, da die einzelnen rechnerischen Einwände der Beklagten – wie erörtert – nicht dazu führen, dass die Notwendigkeit der Vereinbarung einer Stundung der Hypothekenraten entfallen wäre. Soweit die Beklagte die Zeugen Y und Z benannt hat, ist nicht ersichtlich, welche Tatsachen die Zeugen über den – als solchen unstreitigen – Inhalt der Geschäftsberichte und Gesellschafterversammlungen bekunden sollen. Dies ist auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat trotz Erörterung dieses Gesichtspunktes nicht erläutert worden. Auch die mündlichen Ausführungen des als Vertreter der Beklagten persönlich angehörten Herrn Y beinhalteten keine Gesichtspunkte, welche das Bestehen der kritischen Liquiditätslage in Frage zu stellen

geeignet waren.

i)	113
Die gemäß § 488 Abs. 3 S. 1, 2 BGB erforderliche Kündigung des Darlehens ist mit Schreiben vom 28.03.2012 unstreitig erfolgt.	114
j)	115
Die Rückforderbarkeit der an die Beklagte geleisteten Ausschüttungen ist auch nicht von einem Gesellschafterbeschluss abhängig. Denn die Geltendmachung der streitgegenständlichen Forderung stellt ein gewöhnliches Geschäft der Verwaltung im Sinne von §§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 1 HGB dar. Unter einem solchen ist jedes Geschäft zu verstehen, welches in einem Handelsgewerbe wie dem Vorliegenden üblicherweise vorkommen kann (vgl. Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 116 Rn. 1). Hierzu gehört auch die Rückforderung von Ausschüttungen an einzelne Gesellschafter einer Publikums-KG. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass es sich um Ansprüche gegen Gesellschafter handelt. Denn in Rede steht nicht die Begründung einer Forderung gegen Gesellschafter, sondern lediglich die Durchsetzung einer bereits (latent) begründeten Forderung.	116
k)	117
Soweit die Beklagte Rückzahlungen geleistet hat, ist die streitgegenständliche Forderung gemäß § 362 Abs. 1 BGB zwar erloschen. Diese Zahlungen sind bei der Berechnung der Klageforderung aber bereits berücksichtigt.	118
l)	119
Im Übrigen ist die Klageforderung nicht erloschen. Insbesondere liegt weder ein Erlass (§ 397 Abs. 1 BGB), noch ein negatives Schuldanerkennntnis (§ 397 Abs. 2 BGB) vor.	120
aa)	121
Das Zustandekommen eines Erlassvertrages ist selbst dann nicht ersichtlich, wenn man die Behauptung der Beklagten als richtig unterstellt, die Ausschüttungen seien bei der Klägerin intern zunächst nicht als Darlehen verbucht worden. Denn in einem solchen Verhalten wäre mangels weiterer Anhaltspunkte keinesfalls der konkludent geäußerte Wille zu sehen, den Kommanditisten die vertraglich angelegten Rückzahlungspflichten zu erlassen.	122
bb)	123
Auch liegt in der fehlenden Aktivierung der Darlehensforderungen in den Bilanzen bis 2011 kein negatives Schuldanerkennntnis.	124
Zwar kann in der Zustimmung von Gesellschaftern zur Feststellung des Jahresabschlusses bezüglich ausgewiesener Gesellschafterverbindlichkeiten ein Anerkenntnis liegen (vgl. MüKoBGB/Grothe, 7. Aufl., BGB § 212 Rn. 15, beck-online). Angesichts der Zielsetzung der Bilanzfeststellung, für Ansprüche und Verbindlichkeiten zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft eine Rechtsgrundlage für das Folgejahr zu fixieren (vgl. BGH, Urt. v. 02.03.2009, II ZR 264/07, NZG 2009, 659, beck-online) mag Entsprechendes grundsätzlich auch umgekehrt für die Feststellung des Nichtbestehens etwaiger für möglich gehaltener Forderungen gelten. Allerdings wird man der Bilanz den Gehalt eines negativen	125

Schuldanerkenntnisses nur hinsichtlich solcher möglicher Forderungen zubilligen können, die zum jeweiligen Zeitpunkt bereits aktivierungspflichtig waren. Hinsichtlich nicht bilanzierungspflichtiger Positionen hat das Schweigen einer Bilanz demgegenüber keinen Aussagegehalt. Letzteres gilt grundsätzlich auch für aufschiebend bedingte Forderungen. Diese sind im Regelfall nicht zu aktivieren, da sie erst mit Eintritt der Bedingung rechtlich und wirtschaftlich entstehen (Baumbach/Hopt/Merkt, HGB 37. Aufl., § 246 Rn. 3, beck-online). Eine Ausnahme hiervon gilt lediglich dann, wenn die Forderung ausnahmsweise im Einzelfall hinreichend konkretisiert ist, etwa wenn der Bedingungseintritt so gut wie sicher ist (Baumbach/Hopt/Merkt, a. a. O).

Gemessen daran bestand zum 31.12.2011 noch kein Anlass zur Aktivierung der streitgegenständlichen Forderung. Zu diesem Zeitpunkt war die aufschiebend bedingte (s. o., Abschn. II. 1. b) Bildung einer Darlehensverbindlichkeit mangels Bedingungseintritts noch nicht erfolgt. Entsprechend der Darstellung des Zeugen X steht als Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die Klägerin im Jahr 2011 jederzeit in der Lage war, alle fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen. Insbesondere lag sie – nach der schlüssigen Erläuterung des Zeugen – bis dahin hinsichtlich des Hypothekendarlehens unter Berücksichtigung bereits geleisteter Zahlungen innerhalb des Tilgungsplans. Die Tatsache, dass bis zum Jahresende 2011 noch keine kritische Liquiditätslage eingetreten war, wird auch dadurch weiter erhärtet, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt unstreitig noch über einen Kassenbestand von 1,355 Mio. € verfügte. 126

Der Umstand, dass sich unter Berücksichtigung der in 2012 fällig werdenden Zahlungen bereits das baldige Eintreten einer Liquiditätskrise absehen ließ, führte als solcher noch nicht zum unmittelbaren Bedingungseintritt. Wie bereits dargestellt ist § 4 Ziff. 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages so zu verstehen, dass der Bedingungseintritt an das tatsächliche Vorliegen einer kritischen Liquiditätslage anknüpft und nicht schon an die Absehbarkeit ihres künftigen Eintritts. 127

Es ist auch nicht erkennbar, dass der sich für 2012 abzeichnende Eintritt der kritischen Liquiditätslage bereits im Jahr 2011 so sicher feststand, dass die streitgegenständliche bedingte Darlehensforderung bereits aktivierungspflichtig gewesen wäre. Nicht nur dem Grunde, sondern vor allem auch der Höhe nach hing der konkrete zusätzliche Liquiditätsbedarf noch von den ausstehenden Verhandlungen mit der finanzierenden Bank und dem Erfolg der angedachten Kapitalerhöhung ab. Diese Faktoren wurden erst im Laufe des Jahres 2012 konkret bestimmbar. 128

m) 129

Der Geltendmachung der Klageforderung steht auch der Gesichtspunkt der Durchsetzungssperre im Liquidationsstadium nicht entgegen. 130

Zwar können Forderungen nicht mehr uneingeschränkt eingezogen werden, wenn eine Gesellschaft aufgelöst ist und sich in der Liquidation befindet. In diesem Stadium können Einzelansprüche nur dann isoliert durchgesetzt werden, wenn die Gesellschaft die eingeforderten Mittel für die Durchführung der Abwicklung benötigt (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2011, 8 U 17/11, Rn. 64, juris). Denn in der Liquidation können auf der Gesellschaft beruhende Ansprüche unter Gesellschaftern wie auch zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern grundsätzlich nicht mehr selbstständig geltend gemacht werden, sondern stellen lediglich Rechnungsposten der Auseinandersetzung dar (Grundsatz der Gesamtabrechnung, Durchsetzungssperre, vgl. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl., § 145 Rn. 6, beck-online). 131

- Vorliegend ist aber schon nicht feststellbar, dass die Gesellschaft aufgelöst ist. 132
- Gemäß §§ 131 Abs. 1 Nr. 2; 161 Abs. 2 HGB setzt die Auflösung einer Kommanditgesellschaft einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafter voraus. Davon geht auch die Regelung in § 8 Ziff. 3 c des Gesellschaftsvertrages aus, die hierfür eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen stimmberechtigten Stimmen vorschreibt. 133
- Eine ausdrückliche Beschlussfassung über die Auflösung liegt nicht vor. Soweit die Beklagte eine derartige Beschlussfassung sinngemäß aus den Beschlussvorlagen, ihren Erläuterungen und der Protokollierung der Gesellschafterversammlung vom 30.09.2013 herleiten will, ist dem nicht zu folgen. Anders als die (unter anderem) vorbereitend als Möglichkeit vorgestellte Beschlussvorlage Nr. 5 – Ermächtigung zur Veräußerung des Schiffes und Liquidation – beinhaltete die Beschlussvorlage Nr. 4 – Ermächtigung zur Durchführung einer Kapitalerhöhung und im Falle des Scheiterns Veräußerung des Schiffes – (welche in überarbeiteter Fassung beschlossen wurde) gerade keinen Liquidationsbeschluss. 134
- Auch eine konkludente Beschlussfassung über eine Auflösung der Klägerin ist zu verneinen. Zwar kann ein Auflösungsbeschluss grundsätzlich auch formlos und stillschweigend gefasst werden (Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl., § 131 Rn. 12, beck-online) und kommt etwa bei der Einstellung des Gewerbebetriebes oder bei der Übertragung des ganzen Vermögens (vgl. BGH, Urt. v. 22.05.1958, II ZR 36/57, juris) in Betracht. Zweifelhaft ist aber, ob sich dieser Grundsatz ohne weiteres auf Publikumsgesellschaften übertragen lässt. Bei diesen spricht das in besonderer Weise bestehende Bedürfnis an Rechtssicherheit für das Erfordernis eines förmlichen Liquidationsbeschlusses, an den umfangreiche Folgen u. a. für die Abwicklung und die Vertretungsregelungen anknüpfen. Unabhängig davon ist hier eine förmliche Beschlussfassung aber jedenfalls deshalb vonnöten, weil der Gesellschaftsvertrag an einen Auflösungsbeschluss das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit (75 % der abgegebenen Stimmen) stellt. Die Einhaltung dieses Mehrheitsverhältnisses lässt sich bei einer Publikumsgesellschaft in der Größe der Klägerin regelmäßig nur im Falle einer förmlichen Beschlussfassung nachhalten, so dass aus der objektiven Auslegung der Vertragsbestimmungen das Erfordernis einer derartigen Beschlussfassung folgt. Bei dieser Sachlage kommt ein konkludenter Auflösungsbeschluss nur dann in Betracht, wenn ein Beschluss anderen Inhalts angekündigt und gefasst wurde und nach Lage der Dinge nur als Auflösungsbeschluss zu deuten war (vgl. Schäfer Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 131, Rn. 25 für den Fall, dass nicht alle Gesellschafter an der Beschlussfassung beteiligt waren). 135
- Eine Deutung im vorgenannten Sinne kommt hinsichtlich der getroffenen Beschlüsse nicht in Betracht. Insbesondere liegt kein Auflösungsbeschluss darin, dass die persönlich haftende Gesellschafterin und die Treuhänderin dazu ermächtigt wurden, im Falle des Scheiterns der – vorrangig zu versuchenden – Kapitalerhöhung das Schiff zu veräußern. Insoweit ist zunächst zu bedenken, dass § 8 Abs. 3. b), c) und d) die Veräußerung des Schiffes, die Auflösung der Gesellschaft und die Aufgabe des Geschäftsbetriebs im Ganzen als eigenständige Beschlussgegenstände definiert, so dass nach der Konzeption des Gesellschaftsvertrags aus einer Beschlussfassung über die Veräußerung des Schiffes oder die Aufgabe des Geschäftsbetriebs nicht notwendigerweise zugleich ein Auflösungsbeschluss folgen soll. Dem entsprechend sah eine der in der Gesellschafterversammlung am 30.09.2013 diskutierten Beschlussvorlagen (Nr. 5) einen ausdrücklichen Liquidationsbeschluss vor. Nach Diskussion und Überarbeitung einer alternativen Beschlussvorlage (Nr. 4) wurde ein vorsorglicher Liquidationsbeschluss dann aber gerade nicht in den beschlossenen Beschlusstext aufgenommen. 136

Soweit die Beklagte aus der Erläuterung in der Bekanntmachung der ursprünglichen Beschlussvorlagen die getroffene Beschlussfassung im Sinne eines Auflösungsbeschlusses verstehen will, ist dem nicht zu folgen. Es bestehen schon aus Gründen der Rechtssicherheit Bedenken, bloßen Erläuterungen in der Ankündigung von Beschlussvorlagen eine solche Tragweite beizumessen, zumal im Falle eingehender Diskussion und teilweiser Überarbeitung von Entwürfen im Laufe der Versammlung. Unabhängig davon hieß es in der Erläuterung, der für den Fall des Scheiterns der Kapitalerhöhung in Nr. 4 enthaltene Verkaufsbeschluss entspreche inhaltlich demjenigen unter Nr. 5. Dass der Beschluss zu Nr. 4. damit auch einen – vom Verkauf zu unterscheidende – Auflösungsbeschluss beinhaltet, war damit nicht gesagt.

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 13 Abs. 1 S. 3 des Gesellschaftsvertrages, wo die Vergütung des Liquidators „im Falle der Veräußerung des Schiffes und einer daraus resultierenden Abwicklung der Gesellschaft“ geregelt wird. Diese Formulierung besagt nichts über die Notwendigkeit der für die jeweiligen Akte zu fassenden Beschlüsse. 138

Letztlich löst auch eine Zweckerreichung oder das Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks (hier durch Verkauf des Schiffes) im Gegensatz zu § 726 BGB die Gesellschaft nach zutreffender Ansicht nicht auf (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 1977 – II ZR 89/75 –, BGHZ 69, 160-170, Rn. 15). Daher kann aus Rechtsgründen aus dem tatsächlichen Verkauf des Schiffes nicht auf eine faktische Abwicklung der Gesellschaft geschlossen werden. 139

Auch die auf eine Liquidation abzielenden Handlungen und Äußerungen der Geschäftsführung führen zu keinem anderen Ergebnis. Bei diesen Verlautbarungen handelt es sich klar erkennbar nicht um einen mit mindestens 75%-iger Mehrheit gefassten Beschluss der Gesellschafter. Diese Äußerungen haben daher lediglich vorbereitenden Charakter in Bezug auf einen noch zu fassenden Auflösungsbeschluss. 140

n) 141

Die Geltendmachung der streitgegenständlichen Forderung durch die Klägerin ist auch nicht treuwidrig. Treuwidriges Verhalten kann zwar vorliegen, wenn etwas gefordert wird, das umgehend wieder zu erstatten sein wird. Dass Letzteres hier der Fall ist, steht jedoch nicht fest. Zwar zielt die Tätigkeit der Geschäftsführung der Klägerin auf eine baldige Liquidation. Auch ist unstreitig, dass für die Gesellschafter in ihrer Summe ein Liquidationserlös verbleiben wird. Jedoch ist unklar, ob der an die Beklagte auszukehrende Anteil die hier streitgegenständliche Forderung betragsmäßig ganz oder teilweise abdecken wird. 142

o) 143

Die streitgegenständliche Forderung ist nicht verjährt. Wie dargestellt entstand der nach Darlehensgrundsätzen abzuwickelnde Erstattungsanspruch der Klägerin erst nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung des Entstehens einer Liquiditätskrise im Jahr 2012. Damit begann die dreijährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres 2012 und wurde gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die Erhebung der vorliegenden Klage rechtzeitig vor Ablauf gehemmt. Die am 28.01.2016 erfolgte Zustellung der Klageschrift wirkte gemäß § 167 ZPO auf das Datum ihrer Einreichung vom 22.12.2015 zurück. Denn Angesichts der Entbehrlichkeit von Nachfragen des Gerichts und des Eingangs der Vorschusszahlung bereits am 07.01.2016 erfolgte die Klagezustellung ‚demnächst‘ im Sinne der genannten Bestimmung. 144

p)

Die Klageforderung war auch nicht im Hinblick auf die mit Schriftsatz vom 12.07.2017 ausgesprochene Hilfsaufrechnung um den Betrag von 1.600,- € zu reduzieren. Insoweit handelt es sich um ein nach Schluss der mündlichen Verhandlung erstmals vorgebrachtes Verteidigungsmittel, welches zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass gibt und daher gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt zu bleiben hat. 146

Schriftsatznachlass wurde der Beklagten nur zum Inhalt der Beweisaufnahme bewilligt. Für einen weitergehenden Schriftsatznachlass bestand kein Raum, zumal sich die rechtlichen Erörterungen im Termin im Rahmen der bereits schriftsätzlich ausgetauschten Argumente bewegten.

2. 147

Die Klägerin hat gemäß §§ 286 Abs. 1 S. 1; 288 Abs. 1 BGB Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung der vom Landgericht zuerkannten Zinsen, nachdem auf das Mahnschreiben vom 03.08.2012 nach Ablauf der bis zum 07.09.2012 gesetzten Zahlungsfrist keine weitere Zahlung erfolgte. 148

III. 149

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 150

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Weder hat das Urteil eine grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Denn es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die der Senat auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH zur Rückforderbarkeit gewinnunabhängiger Ausschüttungen und zur diesbezüglichen Auslegung von Publikumsgesellschaftsverträgen getroffen hat. 151

Am 23.08.2017 erging folgender Berichtigungsbeschluss: 152

Das Senatsurteil vom 02.08.2017 wird hinsichtlich des Hauptsachetenors dahin berichtigt, dass die Berufung der Beklagten gegen das am 08.07.2016 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund zurückgewiesen wird. 153

Gründe 154

Das Senatsurteil vom 02.08.2017 enthält insoweit eine offenkundige Unrichtigkeit i.S.v. § 319 Abs. 1 ZPO. Nach dem Gesamtzusammenhang und der Urteilsbegründung hat der Senat nicht eine Berufung der Klägerin, sondern die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. 155