
Datum: 20.08.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 88/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0820.8U88.16.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 19 O 254/15

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 12.8.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Münster abgeändert und der Beklagte verurteilt, 22.039,71 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.2.2014 und Kosten in Höhe von 1.354,47 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.5.2014 an die Klägerin zu zahlen; im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 56 % und der Beklagte zu 44 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten als ihrem Gesellschafter Ausgleich eines Fehlbetrages aus einer Auseinandersetzungsbilanz wegen unterlassener Mitwirkung an einem Sanierungskonzept.

1. 4
- Die Klägerin ist ein geschlossener Immobilienfonds, der in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben wird. Gegründet wurde die Klägerin im Jahre 1989 mit einem Eigenkapital in Höhe von 22.752.488,72 €. Zweck der Gesellschaft ist die Errichtung und Bewirtschaftung eines öffentlich geförderten Bauvorhabens in C, um hieraus Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen. Wegen des Inhalts des Gesellschaftsvertrages der Klägerin wird auf die zur Akte gereichte Vertragskopie Bezug genommen (Anlage K 5). 5
- Der Beklagte trat der Klägerin durch Zeichnungserklärung vom 9.12.1989 mit einer Einlage in Höhe von 200.000,00 DM (= 102.258,38 €) bei. Dies entsprach einer Beteiligung von 0,449438 %. Die Klägerin nahm die Zeichnungserklärung am 28.12.1989 an (Anlage K 7). 6
- Zur Finanzierung der Immobilie nahm die Klägerin Darlehen bei der C2 AG und der J-Bank C (J) auf. Außerdem wurde die Immobilie vom Land C im Wege des sozialen Wohnungsbauprogramms öffentlich gefördert. Die öffentliche Förderung lief zum 30.11.2006 aus, ohne dass eine Anschlussförderung gewährt wurde. Dies war insbesondere die Ursache dafür, dass die Klägerin in den Jahren 2007 und 2008 in eine existenzbedrohende wirtschaftliche Krise geriet. Infolgedessen fassten die Gesellschafter am 4.8.2007 und 11.4.2008 Sanierungsbeschlüsse, die freiwillige Nachschüsse der Gesellschafter in Höhe von insgesamt 54,6 % des ursprünglich eingezahlten Nominalkapitals zum Gegenstand hatten. Der Beklagte nahm daran teil und zahlte insgesamt 55.834,09 € an die Klägerin. 7
- Mit Schreiben vom 1.3.2012 lud die Klägerin zu einer Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 (Anlage K 11). Darin wies sie darauf hin, dass nach wie vor eine Kündigung des Immobilienfinanzierungsdarlehens durch die den Grundstückserwerb finanzierende Bank, die C2 AG, und die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter drohe. Der Einladung beigelegt war ein von der Klägerin erstelltes Konzept „Sanieren oder Ausscheiden“ vom 1.3.2012, das einen Sanierungsbedarf von 19.403.027,85 € vorsah. Wegen der Einzelheiten wird auf das der Klageschrift als Anlage beigelegte Sanierungskonzept Bezug genommen (Anlage K 12). 8
- In der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 stimmten die Gesellschafter mit einer Mehrheit von 91,86 % für die Umsetzung dieses Konzepts. Das beschlossene Sanierungskonzept sah unter anderem vor, das Nominalkapital der Gesellschaft zunächst auf 22.752,49 € herabzusetzen und anschließend um bis zu 19.403.027,85 € auf bis zu 19.425.780,34 € zu erhöhen. Die Gesellschafter sollten Sanierungsbeiträge in Höhe von 85,28 % des ursprünglichen Eigenkapitals leisten, wobei die in den Jahren 2007 und 2008 geleisteten Sanierungsbeiträge angerechnet werden sollten. Diejenigen Gesellschafter, die den auf sie entfallenden Kapitalerhöhungsbetrag bis zum Sanierungsstichtag nicht zahlen, sollten aus der Gesellschaft ausscheiden. Wegen der Einzelheiten wird auf das zur Akte gereichte Versammlungsprotokoll der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 Bezug genommen (Anlage K 9). 9
- Der Beklagte hätte unter Anrechnung der Teilnahme an den Kapitalerhöhungen vom 4.8.2007 und 11.4.2008 nochmals 30,68 % seiner Einlage leisten müssen, also 31.371,86 €. Dazu war er nicht bereit. Er stimmte dem Gesellschafterbeschluss vom 30.3.2012 nicht zu und leistete bis zum Stichtag, dem 13.12.2012, keine weiteren Zahlungen an die Klägerin. 10

Deren Steuerberater legte am 2.9.2013 einen Bericht über die Erstellung einer Auseinandersetzungsbilanz mit Ermittlung des Abfindungsanspruchs zum Stichtag 13.12.2012 vor. Darin gelangte er zu einer Unterdeckung des Gesellschaftsvermögens am Stichtag in Höhe von 23.451.927,99 € und nahm an, dass ein „Mustergesellschafter“ mit einem Anteil von 103,07 % seiner Zeichnungssumme für diesen Fehlbetrag hafte. Dabei ging der Steuerberater von einem Verkehrswert der Immobilie in Höhe von 25,6 Mio. Euro aus. Unter „Sonstige Rückstellungen“ enthält die Auseinandersetzungsbilanz u.a. ein „Ausfallrisiko Sanierungsbeitrag“ in Höhe von 1,395 Mio. Euro und eine Position „Ausfälle aufgrund Insolvenz von Gesellschaftern“ von 3,64 Mio. Euro. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlage K 6 der Klageschrift Bezug genommen.	11
Mit Schreiben vom 24.1.2014 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 21.2.2014 zur Zahlung eines negativen Abfindungsguthabens in Höhe von 49.563,62 € auf (Anlage K 14). Dieser Betrag errechnet sich aus dem auf den Beklagten entsprechend seiner Beteiligung entfallenden Fehlbetrag von 105.397,71 € unter Anrechnung der von ihm in den Jahren 2007 und 2008 geleisteten Zahlungen in Höhe von insgesamt 55.834,09 €. Der Beklagte kam dem Zahlungsbegehren nicht nach.	12
Die C2 AG teilte mit Schreiben vom 8.2.2016 mit, dass sämtliche Darlehensverbindlichkeiten der Klägerin abgelöst seien und sie keinerlei Ansprüche mehr aus persönlichen Gesellschafterhaftungen herleiten werde. Die J erklärte am 12.4.2016, dass sie den Beklagten unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des von der Klägerin geforderten Betrages von 49.563,62 € aus der persönlichen Haftung entlasse (Anlage K 28 = Bl. 546 d.A.). Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin eine aktualisierte Haftungsentlassungserklärung der J vom 16.4.2018 vorgelegt, die auf einen Betrag von 44.668,91 € lautet (Anlage K 37 = Bl. 1368 d.A.)	13
2.	14
Die Klägerin hat gemeint, der Beklagte sei zur Zahlung des geforderten negativen Abfindungsguthabens verpflichtet, weil er aus der Gesellschaft ausgeschieden sei. Der Gesellschafterbeschluss vom 30.3.2012 sei wirksam, weil er im Einklang mit den vom Bundesgerichtshof zum Sanierungsmodell „Sanieren oder Ausscheiden“ aufgestellten Grundsätzen stehe. Die Klägerin sei zum Zeitpunkt der Beschlussfassung überschuldet gewesen. Die Bankverbindlichkeiten hätten sich seinerzeit auf 35.313.478,32 € belaufen; außerdem hätten im Hinblick auf die Gesellschafterbeiträge aus den Jahren 2007 und 2008 zusätzliche Passiva in Höhe von 10.058.264,94 € bestanden. Die Vermögenswerte der Klägerin hätten sich im Wesentlichen aus dem Verkehrswert der Fondsimmoblie zusammengesetzt und lediglich 26.953.756,34 € betragen. Zudem habe Zahlungsunfähigkeit gedroht, weil die C2 AG die Fälligestellung sämtlicher Darlehen für den Fall angedroht habe, dass die Klägerin den seinerzeit fälligen Zahlungsrückstand in Höhe von knapp. 2,8 Mio. Euro nicht zeitnah begleichen werde.	15
Die Klägerin sei sanierungsfähig gewesen, was sich schon daraus ergebe, dass die Sanierung erfolgreich gewesen sei. Denn zum einen seien die Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der C2 AG vollständig abgelöst worden, zum anderen könne die Klägerin ihren Kapitaldienst gegenüber der J-Bank C aus den laufenden Mieteinnahmen leisten. Die Sanierung sei auch wirtschaftlich sinnvoll gewesen. Im Falle einer Zerschlagung der Gesellschaft hätte sich das persönliche Haftungsrisiko für die Gesellschafter auf ca. 211,73 % des gezeichneten Eigenkapitals (bzw. 157,13 % für diejenigen Gesellschafter, die sich an der Sanierung in den Jahren 2007 und 2008 beteiligt hätten) belaufen. Dieses Haftungsrisiko habe durch die Sanierung vermieden werden können. Die finanzielle Belastung der	16

Gesellschafter durch die Sanierung sei im Vergleich wesentlich geringer gewesen, weil die Gesellschafter lediglich einen finanziellen Beitrag von 85,28 % der ursprünglichen Zeichnungssumme (bzw. 30,68 % für diejenigen Gesellschafter, die sich an der Sanierung in den Jahren 2007 und 2008 beteiligt hätten) hätten leisten müssen. Die ausgeschiedenen Gesellschafter stünden durch ihr Ausscheiden wirtschaftlich besser als im Falle einer Zerschlagung der Gesellschaft, weil in der Abfindungsbilanz nicht Liquidations-, sondern Fortführungswerte zu veranschlagen seien und keine Liquidationskosten anfielen. Da der Beklagte bis zum Sanierungsstichtag am 14.12.2012 keine Zahlungen an die Klägerin erbracht habe, sei er aus der Gesellschaft ausgeschieden und entsprechend der zum Stichtag 13.12.2012 erstellten Abfindungsrechnung zur Zahlung des negativen Abfindungsguthabens verpflichtet.

Die Klägerin hat beantragt,

17

den Beklagten zu verurteilen, 49.563,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.2.2014 und 1.822,96 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.5.2014 an sie zu zahlen,

18

hilfsweise Zug um Zug gegen Befreiung von seiner anteiligen persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Klägerin aus den Darlehen der J unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des anteilig auf ihn entfallenden Auseinandersetzungsfehlbetrages in Höhe von 49.563,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.2.2014 sowie Zug um Zug gegen die Übergabe einer anwaltlich beglaubigten Abschrift des Schreibens der C2 AG vom 8.2.2016 an die Klägerin mit dem Inhalt, dass sämtliche Darlehensverbindlichkeiten der Klägerin gegenüber der C2 AG abgelöst sind und die C2 AG keinerlei Ansprüche mehr aus persönlichen Gesellschafterhaftungen herleiten wird.

19

Der Beklagte hat beantragt,

20

die Klage abzuweisen.

21

Er hat gemeint, die Klage sei bereits dem Grunde nach unbegründet, weil er nicht als Gesellschafter der Klägerin ausgeschieden sei. Der Gesellschafterbeschluss vom 30.3.2012 sei ihm gegenüber unwirksam, weil er ihm nicht zugestimmt habe. Seine Zustimmung sei auch nicht nach den vom Bundesgerichtshof zum Sanierungsmodell „Sanieren oder Ausscheiden“ aufgestellten Grundsätzen entbehrlich gewesen. Als Gesellschafter sei er nur ausnahmsweise verpflichtet, einem solchen Sanierungsmodell zuzustimmen. Ein solcher Ausnahmefall habe nicht vorgelegen. Dem stehe bereits der Gesellschaftsvertrag der Klägerin entgegen, weil in § 4 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages für den Fall der Kapitalerhöhung eine Verwässerung der Beteiligung der an der Kapitalerhöhung nicht mitwirkenden Gesellschafter ohne deren Ausscheiden vorgesehen sei. Außerdem sei die Klägerin nicht sanierungsbedürftig gewesen, weil keine Zahlungsunfähigkeit gedroht habe. Zudem sei der Verkehrswert der Fondsimmoblie deutlich höher zu bewerten, als die Klägerin dies in der Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013 getan habe. Hieraus folge, dass sich im Liquidationsfall kein Fehlbetrag, sondern ein Auseinandersetzungsguthaben ergeben hätte.

22

Im Übrigen würden die Gesellschafter im Falle einer Liquidation selbst unter Zugrundelegung der von der Klägerin behaupteten Überschuldung nicht schlechter stehen als bei der beschlossenen Sanierung. Das von der Klägerin in den Raum gestellte Haftungsrisiko für den Fall der Zerschlagung habe tatsächlich nicht in dieser Höhe bestanden, weil die Banken nicht sämtliche Gesellschafter in dieser Höhe in Anspruch hätten nehmen können und die in Anspruch genommenen Gesellschafter zudem Regressansprüche gegen ihre

23

Mitgesellschafter erworben hätten. Auch lasse die Klägerin bei ihrer Berechnung den fiktiven Veräußerungserlös der Fondsimmobilie unberücksichtigt. Letztlich hätten die Gesellschafter auf Grundlage der von der Klägerin behaupteten Überschuldung im Falle der Zerschlagung allenfalls einen Verlust in Höhe ihres Beteiligungsanteils erleiden können, der Beklagte mithin in Höhe von ca. 40.000,- € (0,449438 % von 9.000.000,- €). Auch wären andere Sanierungsmodelle wie das Unterdeckungsmodell, die Gründung einer Sanierungsgesellschaft, die Finanzierung mittels Gesellschafterdarlehen und die Durchführung eines Kapitalschnitts wirtschaftlich sinnvoller und schonender gewesen. Gegen das hier beschlossene Sanierungskonzept spreche zudem, dass die Gläubigerbanken keinen Sanierungsbeitrag geleistet hätten. Es habe auch an einem tragfähigen Sanierungskonzept der Klägerin gefehlt. Weiterhin sei der beschlossene Sanierungsbetrag überhöht gewesen.

Dem Sanierungsbeschluss vom 30.3.2012 stehe zudem entgegen, dass es sich bei der Klägerin um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handle, an der ausschließlich private Anleger und keine Kaufleute beteiligt seien. Zudem sei die Klägerin zur Sanierung nicht auf die von den ausscheidenden Gesellschaftern geschuldeten negativen Abfindungsbeträgen angewiesen gewesen. Hinzu komme, dass bei der Beschlussfassung vom 30.3.2012 weder der Sanierungsbetrag noch der Auseinandersetzungsfehlbetrag hinreichend bestimmt angegeben worden sei. Zudem seien bei der Beschlussfassung verschiedene Beschlussgegenstände in unzulässiger Weise vermengt worden. Auch sei dem Beklagten ein Ausscheiden aus der Gesellschaft schon deshalb nicht zumutbar gewesen, weil der von der Klägerin verlangte Abfindungsfehlbetrag den beschlossenen Sanierungsbetrag übersteige.

Ferner sei zu berücksichtigen, dass in den Jahren 2007 und 2008 bereits zwei Sanierungsmaßnahmen durchgeführt worden seien, die von der Geschäftsführung der Klägerin als abschließend bezeichnet worden seien. Durch die früheren Sanierungsbeschlüsse hätten die Gesellschafter gezeigt, dass eine Vielzahl von ihnen zu freiwilligen Nachschüssen bereit sei, ohne dass dies mit einem Ausscheiden der anderen Gesellschafter verknüpft sein müsse. Zudem habe sich der Beklagte an den früheren Sanierungsmaßnahmen beteiligt und hierdurch zum Fortbestehen der Gesellschaft beigetragen. Es sei unbillig, dass diejenigen Gesellschafter, die sich seinerzeit nicht beteiligt hätten und nur dem weiteren, in der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 geforderten Sanierungsbeitrag gezahlt hätten, in der Gesellschaft verbleiben dürften, während der Beklagte ausscheiden müsse.

Zur Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Abfindungsanspruchs hat der Beklagte eingewandt, dass die zugrundeliegende Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013 unrichtig sei. In diesem Zusammenhang hat er erneut darauf hingewiesen, dass der Verkehrswert der Fondsimmobilie deutlich zu niedrig angesetzt worden sei. Zudem seien weder die geleisteten Sanierungsbeiträge noch die von den vermeintlich ausgeschiedenen Gesellschaftern gezahlten negativen Abfindungsbeträge berücksichtigt worden. Weiterhin seien zu Unrecht erhebliche Ausfallrisiken in die Bilanz eingestellt worden. Außerdem sei der Abfindungstichtag willkürlich zum Nachteil der vermeintlich ausscheidenden Gesellschafter festgelegt worden. Schließlich sei kein Grund erkennbar, weshalb die vermeintlich ausscheidenden Gesellschafter die Kosten der Sanierungsberater mitzutragen hätten.

Der Beklagte hat sich schließlich hilfsweise auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf Freistellung von den Verbindlichkeiten der Klägerin aus dem Darlehensvertrag mit der J berufen.

3.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Sanierungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 30.3.2012 genüge nicht den Anforderungen der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze des „Sanieren oder Ausscheidens“. Ihm stünden schützenswerte Belange des Beklagten gegenüber. Die bisherige Entwicklung des Fonds rechtfertige Zweifel an der Nachhaltigkeit einer neuerlichen Restrukturierung. Dies ergebe sich schon daraus, dass bereits zwei Sanierungsversuche gescheitert seien. Vor diesem Hintergrund könne der Beklagte billigerweise nicht vor die Wahl gestellt werden, einer erneuten Kapitalerhöhung in Höhe von insgesamt 85,28 % des Eigenkapitals der Klägerin zuzustimmen oder auszuscheiden und für einen Fehlbetrag in Höhe von 103,07 % einzustehen. Einem Gesellschafter, der nachvollziehbar darlege, dass eine Liquidation der Gesellschaft unter Berücksichtigung des Werts der Fondsimmobilie die aus seiner Sicht wirtschaftlich sinnvollere Lösung sei, könne nicht zur Zustimmung zu einer erneuten, erheblichen Kapitalerhöhung verpflichtet sein, wenn sowohl das Sanieren als auch das Ausscheiden im Ergebnis zu einer Verdoppelung seines ursprünglichen Kapitaleinsatzes führten. Dies habe jedenfalls deshalb zu gelten, weil bereits zwei Sanierungsversuche gescheitert seien, an denen sich der Beklagte (noch) beteiligt habe. Die weitere Kapitalerhöhung diene letztlich nur den die Klägerin finanzierenden Banken, insbesondere der J, deren Kredite nur dann noch hätten bedient werden können, wenn die Gesellschafter der Klägerin erneut Kapital zuführten.

30

Die Annahme einer erneuten Nachschusspflicht des Beklagten würde dazu führen, dass der ursprüngliche Zweck der Zeichnung, die Teilnahme an einem Steuersparmodell, nicht mehr erfüllt werde. Die Interessen der Mehrzahl der Anleger, die dem Fonds beigetreten seien, um steuerliche Verlustvorträge geltend zu machen, würden nicht mehr verfolgt. Der Behauptung der Klägerin, mit fortschreitender Dauer verliere der Aspekt der Erzielung steuerlicher Vorteile an Bedeutung, könne nur gefolgt werden, wenn mit der Fondsbeteiligung eine Rendite zu erzielen sei, die es gerechtfertigt erscheinen lasse, alle Gesellschafter vor die Alternative zu stellen, entweder einer weiteren erheblichen Kapitalerhöhung zuzustimmen oder auszuscheiden. In diesem Zusammenhang trage die Klägerin zwar zu Recht vor, dass sich die finanzierenden Banken an einem solchen Sanierungskonzept nicht beteiligen müssten. Bei der insoweit vorzunehmenden Interessenabwägung müsse aber berücksichtigt werden, ob es angemessen sei, dass in Zeiten der Krise der Gesellschaft allein die Gesellschafter durch Nachschüsse für deren Fortbestand Sorge tragen oder sich nicht auch Dritte daran beteiligen müssten. Dieser Gesichtspunkt müsse im Rahmen der Beurteilung der Zumutbarkeit des Sanierungskonzepts für nicht beteiligungswillige Gesellschafter berücksichtigt werden.

31

Schließlich hat sich das Landgericht den Einwendungen des Beklagten zur Höhe des in der Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013 angenommenen Werts der Fondsimmobilie angeschlossen. Die Behauptung der Klägerin, in C gebe es ein Überangebot an Wohnraum, das dazu führe, dass die Fondsimmobilie heutzutage zu den zum Zeitpunkt der Auflegung des Fonds prognostizierten Erwartungen nicht mehr zu vermarkten sei, sei vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte über die Verknappung von Wohnraum gerade in Ballungsgebieten wie der Stadt C nicht nachvollziehbar.

32

Schließlich sei zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung am 30.3.2012 die Haftungsfreistellungserklärung der J noch nicht vorgelegen habe. Auch dies spreche gegen die Annahme, dass der Beklagte unter dem Gesichtspunkt seiner Treuepflicht als Gesellschafter verpflichtet gewesen sei, dem erneuten Sanierungskonzept zuzustimmen.

33

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.	34
4.	35
Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.	36
a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts stehe das dem Gesellschafterbeschluss der Klägerin vom 30.3.2012 zugrundeliegende Sanierungskonzept im Einklang mit den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen zum Modell „Sanieren oder Ausscheiden“. Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf abgestellt habe, dass in der Vergangenheit bereits zwei Sanierungsversuche durchgeführt worden seien, stehe dies dem neuerdings beschlossenen Konzept nicht entgegen. Die beiden vorherigen Maßnahmen hätten allein deshalb nicht ausgereicht, weil sich nicht ausreichend viele Gesellschafter beteiligt hätten.	37
b) Auch die Höhe des zu zahlenden Sanierungsbeitrages und des von den ausscheidenden Gesellschaftern zu zahlenden Abfindungsfehlbetrages spreche nicht gegen die Wirksamkeit des Sanierungsbeschlusses. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte nur einen Sanierungsbetrag in Höhe von 31.371,86 € hätte zahlen müssen und sich der geschuldete Abfindungsfehlbetrag auf lediglich 49.563,62 € belaufe. Im Übrigen folge aus der Rechtsprechung des BGH, dass auch ein die ursprüngliche Einlage übersteigender Abfindungsfehlbetrag eine Sanierung nach dem Grundsatz „Sanieren oder Ausscheiden“ nicht hindere.	38
c) Weiterhin habe das Landgericht zu Unrecht angenommen, dass ein Gesellschafter in der hier in Rede stehenden Konstellation schon dann nicht zur Zahlung eines Abfindungsfehlbetrages verpflichtet sei, wenn er behaupte, im Falle der Liquidation der Gesellschaft wirtschaftlich besser zu stehen als bei einem Ausscheiden aus der Gesellschaft. Denn in diesem Zusammenhang komme es nicht auf das subjektive Vorstellungsbild des betroffenen Gesellschafters, sondern auf die objektive Sachlage an. Auch die weitere Annahme des Landgerichts, die Sanierung der Klägerin habe allein den finanzierenden Banken genützt, sei für die Frage der Wirksamkeit des Sanierungsbeschlusses vom 30.3.2012 unerheblich und im Übrigen auch unzutreffend.	39
d) Gleiches gelte für die Einschätzung des Landgerichts, die Klägerin erfülle ihren Zweck als Steuersparmodell nicht mehr. Insoweit habe das Landgericht verkannt, dass bei einem Immobilienfonds mit fortschreitender Lebensdauer die Renditeerwartung in den Vordergrund rücke. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei für eine Sanierung nach dem Grundsatz „Sanieren oder Ausscheiden“ auch nicht erforderlich, dass sich die finanzierenden Banken durch einen teilweisen Forderungsverzicht an der Sanierung beteiligten.	40
e) Unerheblich sei schließlich, dass im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Sanierung noch keine Haftentlassungserklärungen der finanzierenden Banken vorgelegen hätten. Denn die ausgeschiedenen Gesellschafter seien ohnehin nur Zug um Zug gegen Befreiung von den Gesellschaftsschulden zur Zahlung des negativen Abfindungsentgelts verpflichtet.	41
Die Klägerin beantragt,	42
den Beklagten unter Aufhebung des mit der Berufung angefochtenen Urteils zu verurteilen, 49.563,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.2.2014 und 1.822,96 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem	43

Basiszinssatz seit dem 6.5.2014 an sie zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 44

die Berufung zurückzuweisen. 45

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. 46

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

5. 48

Der Senat hat der Klägerin aufgegeben, den Beweisbeschluss aus einem zeitgleich beim Landgericht Bonn – 18 O 294/15 – geführten Verfahren vorzulegen (Bl. 969 f. d.A.). Das Landgericht Bonn hat am 16.6.2016 beschlossen, Beweis über die Behauptung der Klägerin zu erheben, der Verkehrswert der Fondsimmoblie habe zum Stichtag 25,6 Mio. Euro betragen (Anlage K 33 = Bl. 978 d.A.). Zum Sachverständigen hat es den Architekten O ernannt, der den Verkehrswert in seinem Gutachten vom 28.4.2017 mit 26,69 Mio. Euro ermittelt hat. 49

Nach Eingang des Gutachtens hat der Senat den Parteien mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Gutachten gem. § 411a ZPO zu verwerten (Bl. 1009 d.A.). Die Klägerin hat dem zugestimmt und das ihr zustehende Abfindungsguthaben unter Berücksichtigung des vom Sachverständigen ermittelten Verkehrswerts mit 44.668,91 € berechnet (Bl. 1014 f. d.A.). Der Beklagte hat Einwendungen gegen das Gutachten erhoben, insbesondere dass der Sachverständige ausschließlich das Mietniveau zum Bewertungsstichtag berücksichtigt und ein Mietsteigerungspotenzial von 17 % sowie Kapitalreduzierungsmöglichkeiten von 7,4 % auf 5 % außer Acht gelassen habe (Bl. 1021 ff., 1049 ff. d.A.). 50

Der Senat hat daraufhin am 24.7.2017 beschlossen, über die Höhe des Verkehrswerts der Fondsimmoblie zum Stichtag Beweis zu erheben und dafür das im Verfahren vor dem LG Bonn erstattete Gutachten des Sachverständigen O gem. § 411a ZPO zu verwerten (Bl. 1046 f. d.A.). Innerhalb der ihnen Parteien eingeräumten Frist zur Stellungnahme hat der Beklagte weitere Einwendungen gegen das Gutachten erhoben (Bl. 1076 ff. d.A.), mit denen sich die Klägerin auseinandergesetzt hat, ohne selbst die Feststellungen des Sachverständigen anzuzweifeln (Bl. 1127 ff. d.A.). 51

Auf Anregung des Sachverständigen hat der Senat sodann am 22.11. und ergänzend am 13.12.2017 beschlossen, eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme einzuholen, in dem der Sachverständige zu den Einwendungen des Beklagten Stellung nehmen sollte (Bl. 1167 f., 1181 f. d.A.). In dieser Stellungnahme vom 31.1.2018 kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die Einwendungen des Beklagten nicht dazu führten, von dem von ihm ermittelten Verkehrswert abzuweichen. 52

6. 53

Auch gegen diese Stellungnahme hat der Beklagte gem. § 411 Abs. 4 S. 1 ZPO Einwendungen erhoben und beantragt, das persönliche Erscheinen des Sachverständigen anzuordnen, damit er sein Ergänzungsgutachten erläutere (Bl. 1212 ff. d.A.). Im Einzelnen macht er folgende Mängel geltend: 54

55

a) Das Gutachten beruhe auf einer systematisch verfehlten Grundlage und sei daher unbrauchbar. Der Sachverständige habe die Immobilie als einzelnes Wirtschaftsgut bewertet und dabei die Substanzwertmethode angewendet. Nach der Rechtsprechung des BGH sei für die Unternehmensbewertung grundsätzlich und hier konkret unter Berücksichtigung von § 17 des Gesellschaftsvertrages vom 1.12.1989 das Ertragswertverfahren zugrunde zu legen.

b) Darüber hinaus sei der Sachverständige allein von den tatsächlich erzielten Mieten ausgegangen, anstatt die am Bewertungsstichtag erzielbaren Mieten zu ermitteln. Damit habe er künftige Entwicklungen außer Betracht gelassen, die zum Stichtag bereits angelegt gewesen seien indem er von einem durchschnittlichen Mietertrag von 6,86 € pro m² ausgegangen sei (Ausgangsgutachten, S. 41). Auf dem C Wohnungsmarkt habe eine rasante Preisentwicklung stattgefunden. In der Zeit von 2004 bis 2014 seien die Mieten in C um 56,8 % gestiegen (Anl. B 2 = Bl. 1085 d.A.). Im Stadtteil O2 habe in den Jahren 2014 bis 2016 ein weiterer Mietanstieg von 3,3 % stattgefunden, bei den Kaufpreisen für Eigentumswohnungen sogar von 13,4 % (Anl. B 1 = Bl. 1083 f. d.A.). Aus dem Jahresbericht der E Bank AG über den Häuser- und Wohnungsmarkt in Deutschland vom 15.1.2018 ergebe sich, dass die Mieten im aktuellen Immobilienzyklus von 2009 bis 2017 in Metropolen wie C um 80 % gestiegen seien (Anl. B 4 = Bl. 1244 ff. d.A.). In einer Präsentation des Beratungsunternehmens S GmbH vom 20.6.2017 sei von einer überdurchschnittlichen Entwicklung in bestimmten Stadtteilen die Rede. Dazu gehöre auch O2; dort seien die Angebotsmieten von 2011 bis 2016 überdurchschnittlich um 63 % gestiegen seien (Anl. B 5 = Bl. 1250 ff. d.A.).

56

aa) Diese Entwicklung habe der Sachverständige zwar durchaus erkannt, daraus aber im Ausgangsgutachten vom 28.4.2017 nicht die richtigen Schlüsse gezogen. Er hätte die zum Bewertungsstichtag bereits begonnene, jedenfalls aber in ihren Wurzeln bereits angelegte Entwicklung auch bei der Bemessung der Mieterträge berücksichtigen müssen. Bei einer Steigerung der durchschnittlichen Erwerbskosten um den Wert von 2.184,- € pro m² aus der CBRE-Studie und dem Jahresbericht der E Bank AG hätte der Sachverständige zu einem Verkehrswert von 48.290.424,- € kommen müssen

57

bb) In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 30.1.2018 habe der Sachverständige zwar anerkannt, dass auf dem Berliner Immobilienmarkt eine „exponentielle Entwicklung“ stattgefunden habe, die bereits im Laufe des Jahres 2009 begonnen habe und daher am Stichtag bereits seit fast vier Jahren bestanden habe. Dies könne nach Ansicht des Sachverständigen jedoch bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden, weil sie am Stichtag noch nicht absehbar gewesen sei. Dabei habe sich der Sachverständige auf die Finanzmarktkrise berufen, die dazu geführt habe, dass Kapitalanleger dazu übergegangen seien, vermehrt in Sachwerte wie Immobilien zu investieren. Diesbezüglich habe sich der Sachverständige fachfremd betätigt, weil er über keine volkswirtschaftlichen Erkenntnisse verfüge. Zudem habe die Finanzmarktkrise bereits lange vor dem Stichtag begonnen, so dass ihre Folgen entgegen der Annahme des Sachverständigen am 13.12.2012 bereits erkennbar gewesen seien.

58

c) Darüber hinaus habe der Sachverständige den Wegfall der Mietpreisbindung zum 30.11.2021 nicht richtig gewürdigt. Auch wenn dieser nicht dazu führe, dass die Mieten sofort an das allgemeine Marktniveau angepasst würden, wirke sich der erwartete Wegfall der Preisbindung auch schon im Vorfeld wertsteigernd aus. Dass die Mietpreisbindung bis zur vollständigen Tilgung des Finanzierungsdarlehens fortduere und daher erst am 31.12.2042 weg falle, wie die Klägerin im Berufungsverfahren behauptet habe, sei unzutreffend und wird vom Beklagten bestritten.

59

d)	Schließlich beanstandet der Beklagte, dass im Gutachten die Indexierung der Mieten außer Betracht geblieben sei, weil nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhergesagt werden könne, wann und in welchem Umfang damit verbundene Veränderungen eintreten würden. Auch wenn der genaue Zeitpunkt, in dem die Wertsicherungsklauseln zu Mieterhöhungen führten, nicht bestimmbar sei, müsse dieser Gesichtspunkt bei der Ermittlung der zu erzielenden Mieten berücksichtigt werden.	60
7.		61
	Darüber hinaus hat der Beklagte ergänzend zur Sach- und Rechtslage vorgetragen und weitere Argumente gegen die Anwendung des Grundsatzes „Sanieren oder Ausscheiden“ und die Höhe des Abfindungsanspruchs vorgebracht. Insoweit wird auf seine Schriftsätze vom 18.7.2017 und 9.3.2018 Bezug genommen (Bl. 1021 ff., 1212 ff. d.A.).	62
8.		63
	Der Senat hat den Sachverständigen zum Termin vom 23.4.2018 geladen und um Erläuterung seines Gutachtens gem. §§ 411 Abs. 3 S. 1, 525 S. 1 ZPO gebeten. Dem ist der Sachverständige nachgekommen. Insoweit wird auf das Sitzungsprotokoll nebst Vermerk des Berichterstatters Bezug genommen (Bl. 1348 ff. d.A.).	64
II.		65
	Die Berufung ist zulässig und zum Teil begründet. Das angefochtene Urteil beruht auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung i.S.v. § 546 ZPO und ist daher im ausgeurteilten Umfang abzuändern (§§ 513 Abs. 1, 538 Abs. 1 ZPO).	66
1.		67
	Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin nach dem Ausscheiden des Beklagten ein Anspruch aus § 739 BGB i.V.m. § 17, 2. Halbs. des Gesellschaftsvertrages vom 1./9.12.1989 auf Ausgleich des Fehlbetrags aus der Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013 in Höhe von 22.039,71 € gegen den Beklagten zu.	68
a)	Ein solcher Anspruch besteht dem Grunde nach , da die vom Bundesgerichtshof entwickelten Voraussetzungen des „Sanierens oder Ausscheidens“ des Gesellschafters einer Personengesellschaft vorliegen. Der Beklagte gehört zu denjenigen Gesellschaftern der Klägerin, der an dem in der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 beschlossenen Sanierungskonzept nicht teilgenommen hat. Die unter dem Tagesordnungspunkt 6.4.1 beschlossene Änderung des Gesellschaftsvertrages, wonach nicht zur Mitwirkung an der Sanierung bereite Gesellschafter, zu denen der Beklagte gehört, am Sanierungsstichtag, dem 13.12.2012, aus der Gesellschaft ausscheiden, ist wirksam. Der Beklagte hat dieser Änderung zwar nicht zugestimmt, muss sich aber so behandeln lassen, als hätte er dies getan.	69
aa)	Nach dem Grundsatz „ Sanieren oder Ausscheiden “ muss der Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft der auf die Sanierung der Gesellschaft gerichteten Änderung des Gesellschaftsvertrags zustimmen, wenn der Versuch, die Gesellschaft unter Aufbringung neuen Kapitals zu sanieren – verglichen mit den Folgen der ansonsten unvermeidlichen Zerschlagung – wirtschaftlich sinnvoll und den „risikobereiten“ Gesellschaftern nicht zumutbar ist, die Gesellschaft mit den nicht zur Investition weiteren Kapital bereiten Gesellschaftern fortzusetzen und schützenswerte Belange der zahlungsunwilligen Gesellschafter dem nicht	70

entgegenstehen (BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08 – BGHZ 183, 1, 13 Rn. 23 ff.; Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09 – ZIP 2011, 768, Rn. 20; Urt. v. 6.3.2018 – II ZR 1/17 – ZIP 2018, 851, 852, Rn. 13). Dieser Grundsatz steht unter dem Vorbehalt, dass der Gesellschaftsvertrag keine konkretisierenden Regelungen enthält, die die Zustimmungspflicht im Sanierungsfall einschränken oder modifizieren, weil die allgemeine Treuepflicht eines Gesellschafters es nicht rechtfertigt, in gesellschaftsvertragliche Regelungen ändernd einzugreifen, nur weil dies für angemessener erachtet wird, jedenfalls wenn und soweit sie sachlich vertretbar sind (BGH, Beschluss vom 9.6.2015 – II ZR 227/14 – DNotZ 2016, 139, Rn. 8; Urt. v. 9.6.2015 – II ZR 420/13 – NJW 2015, 2882, Rn. 23). Er findet auch auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts Anwendung (BGH, Urt. v. 9.6.2015 – II ZR 420/13 – a.a.O., Rn. 17). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast (Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2014, § 105 Rn. 109).

bb) Dem ist sie auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens des Beklagten im Berufungsrechtszug nachgekommen. Die Voraussetzungen für ein Ausscheiden des Beklagten zum Stichtag liegen vor. 71

(1) Das von den Gesellschaftern in der Versammlung vom 30.3.2012 mehrheitlich beschlossene Sanierungsmodell „Sanieren oder Ausscheiden“ steht **nicht in Widerspruch zum Gesellschaftsvertrag** der Klägerin. 72

Eine Kapitalerhöhung nach dem Konzept „Sanieren oder Ausscheiden“ ist dann unzulässig, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, dass eine Kapitalerhöhung auch im Krisenfall nur einstimmig beschlossen werden kann und das Nichterreichen der Einstimmigkeit zur Folge hat, dass die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sind, ihre Einlagen zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter eine Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses hinzunehmen haben (BGH, Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09 – a.a.O., Rn. 16). Eine solche Sachlage ist hier nicht gegeben. § 4 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Klägerin bestimmt lediglich, dass sich die Beteiligungsquote verringern kann, wenn von dem Recht Gebrauch gemacht wird, das Nominalkapital um bis zu 10 % zu erhöhen. Zwar ist dieser Regelung entgegen der Auffassung der Klägerin nicht ohne weiteres zu entnehmen, dass ihr Anwendungsbereich auf die Bauerrichtungsphase beschränkt ist. Insofern weicht der Gesellschaftsvertrag von derjenigen Klausel ab, die Gegenstand der Entscheidungen des Bundesgerichts vom 9.6.2015 – II ZR 420/13 – und des Senats vom 26.10.2015 – 8 U 44/15 – war (vgl. Bl. 590 ff. d.A.). Gleichwohl betrifft die hier streitgegenständliche Klausel nicht den Fall einer zum Zwecke der Sanierung durchgeführten Kapitalerhöhung. Dies wird schon daraus deutlich, dass ihr Anwendungsbereich auf eine Kapitalerhöhung von bis zu 10 % beschränkt ist, also auf einen Umfang, der für eine Sanierung regelmäßig nicht ausreicht. 73

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Regelung in § 3 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters vorsieht, falls dieser seinen Beitragspflichten nicht nachkommt. Der Bundesgerichtshof hat in dem vorgenannten Urteil betont, dass eine solche Regelung die Erwartungshaltung der Gesellschafter begründe, dass ihre Mitgesellschafter sich bei einer finanziellen Schieflage der Gesellschaft entweder einem finanziellen Beitrag nicht verweigern oder ausscheiden (a.a.O., Rn. 22). Dass die Regelung über die Nachschusspflicht in § 3 Abs. 1 2. Spiegelstrich des Gesellschaftsvertrages mangels hinreichender Begrenzung unwirksam ist, ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 33). Auch die unter § 3 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags getroffenen Regelungen lassen Rückschlüsse darauf 74

zu, dass die Gesellschafter der Klägerin im Sanierungsfall zu Nachschüssen verpflichtet sein könnten (ebenso LG Stuttgart, Urt. v. 18.8.2017 – 24 O 435/15 – Anlage K 35, S. 19 oben).

(2) Auch die weitere Voraussetzung der Zustimmungspflicht des Beklagten, die **Sanierungsbedürftigkeit** der Klägerin, liegt vor. 75

Soweit der Beklagte bestritten hat, dass die Klägerin im insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung vom 30.3.2012 bereits überschuldet gewesen sei, verkennt er, dass es für die Frage der Anwendung des Grundsatzes „Sanieren oder Ausscheiden“ darauf nicht ankommt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, genügt dafür eine bloß drohende Zahlungsunfähigkeit (BGH, Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09 –, a.a.O., Rn. 24; Urt. v. 9.6.2015 – II ZR 420/13 –, a.a.O., Rn. 18). Dazu hat die Klägerin ausreichend vorgetragen, ohne dass der Beklagte dem erheblich entgegen getreten ist. Sie hat behauptet, dass zum 31.12.2011 ein fälliger Zahlungsrückstand gegenüber der C2 AG in Höhe von 2.770.703,24 € bestanden habe und die C2 AG mit der Fälligstellung der gesamten Darlehen in Höhe von ca. 22 Mio. Euro gedroht habe, falls der zu diesem Zeitpunkt fällige Zahlungsrückstand nicht beglichen werde. Dies steht im Einklang mit dem von der Klägerin vorgelegten Schreiben der C2 AG vom 31.10.2011, in dem die Bank zur Vermeidung einer Kündigung eine Zahlungsfrist bis zum 28.02.2012 gesetzt hat, und den Mitteilungen der Geschäftsführung der Klägerin in der Gesellschafterversammlung vom 30.03.2012 (vgl. Versammlungsprotokoll, S. 5), wonach die C2 AG angekündigt habe, von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, falls die offene Forderung nicht bis zum 31.5.2012 beglichen werde. Anhaltspunkte dafür, dass die C2 AG diese Ankündigung nicht ernst gemeint hat, liegen nicht vor. Dass die C2 AG die Kündigung entgegen der ursprünglichen Ankündigung nicht bereits zum 28.2.2012 erklärt hat, war darin begründet, dass sie der Klägerin Gelegenheit einräumen wollte, die Kapitalerhöhung durchzuführen. Da sich deren Darlehensverbindlichkeiten nach dem insoweit unwidersprochenen Vortrag der Klägerin auf ca. 22 Mio. Euro beliefen, wäre die Klägerin bei einer Fälligstellung der Darlehen aller Voraussicht nach zahlungsunfähig gewesen. Vor diesem Hintergrund genügt das pauschale Bestreiten der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht. 76

(3) Auch die weitere Voraussetzung der **Sanierungsfähigkeit** der Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung vom 30.3.2012 ist zu bejahen. 77

?) Hierfür ist nicht erforderlich, dass eine Sanierung zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gelingen wird. Eine solche Prognose kann aus tatsächlichen Gründen kaum jemals mit hinreichender Zuverlässigkeit getroffen werden. Daher reicht aus, dass eine nachhaltig positive Entwicklung auf Grundlage des vorgelegten Konzepts aus Sicht eines objektiven, wirtschaftlich denkenden und vernünftigen Erwägungen gegenüber offenen Gesellschaftern auch dann möglich und sinnvoll ist, wenn nicht alle Gesellschafter ihm zustimmen (vgl. BGH, Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09 –, a.a.O., Rn. 30). 78

?) Gemessen an diesen Maßstäben genügt der Vortrag der Klägerin den Anforderungen, die an ein Konzept im Rahmen der Grundsätze des „Sanierens oder Ausscheidens“ zu stellen sind. 79

(??) Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 hatten unstreitig zur Folge, dass die Sanierung der Klägerin erfolgreich umgesetzt werden konnte. Die damit verbundene neuerliche Kapitalerhöhung hat bewirkt, dass die Darlehen bei der C2 AG abgelöst werden konnten und die Kreditraten bei der J aus den laufenden Mieteinnahmen bedient werden können. Zudem konnte die Klägerin im Zuge der Sanierung mit der J-Bank C 80

vereinbaren, dass das Aufwendungsdarlehen ausschließlich aus Bewirtschaftungsüberschüssen zu bedienen ist, so dass insoweit künftig keine Inanspruchnahme der Gesellschafter im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin droht. Dass auch künftig zunächst nicht mit Gewinnausschüttungen zu rechnen ist, weil die Mieteinnahmen zur Kredittilgung verwandt werden müssen, steht der Sanierungsfähigkeit der Klägerin nicht entgegen, zumal Gewinnausschüttungen zumindest nach Auslaufen der Kredite denkbar sind.

(??) Auch ex ante aus Sicht eines durchschnittlichen Gesellschafters betrachtet, der in der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 vor der Entscheidung über eine Teilnahme am Sanierungskonzept stand, war das der Einladung zur Gesellschafterversammlung vom 1.3.2012 beigelegte Sanierungskonzept tragfähig. Der darin angenommene Sanierungsbetrag von 19.403.027,85 € und damit 85,28 % des ursprünglichen Eigenkapitals ist im Einzelnen begründet und nachvollziehbar kalkuliert worden. Die Einwendungen des Beklagten aus dem Schriftsatz vom 18.7.2017 gegen die Schlüssigkeit dieses Konzepts hält der Senat nicht für durchgreifend. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist der dort angenommene Sanierungsbedarf nicht überhöht. 81

Im Einzelnen: 82

? Die Rückstellung für Rückgriffsansprüche von Gesellschaftern aus §§ 670, 713 BGB bzw. § 110 Abs. 1 HGB in Höhe von 830.777,40 € hat die Klägerin im Einzelnen unter Bezugnahme auf konkrete Prozesse dargelegt, die die C2 AG gegen insgesamt 36 Gesellschafter geführt hat (Bl. 1134 d.A.). Dem ist der Beklagte nicht erheblich entgegen getreten (Bl. 1233 d.A.). Zudem kommt es für die Rückstellung in einem Sanierungskonzept auf eine prognostische Betrachtung und nicht die Höhe der tatsächlichen Inanspruchnahme bestimmter Gesellschafter an. Dass es Gesellschafter gab, die wegen der verweigerten Zustimmung zu den ersten beiden Sanierungen von der C2 AG als finanzierender Bank verklagt worden sind und gezahlt haben, ist zwischen den Parteien unstreitig. 83

? Der im Sanierungskonzept veranschlagte mit dessen Durchführung verbundene Mehraufwand von 250.000,- € für Gutachter, Bilanzen und Rechtsanwaltskosten ist angemessen und zuletzt vom Beklagte auch nicht mehr bestritten worden. 84

? Bei dem Betrag von 500.000,- € für „Sonderausgaben außergewöhnliche Instandhaltung“ handelt es sich entgegen der Auffassung des Beklagten um einen im Rahmen des Sanierungskonzepts berücksichtigungsfähigen Bedarf. Ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 30.3.2012 waren die Aufwendung für eine notwendige Balkonsanierung vorgesehen (Anlage K 9, S. 8). Soweit der Beklagte meint, diese Kosten hätten auf die Mieter umgelegt werden können, steht dies der Berücksichtigungsfähigkeit im Rahmen eines Sanierungskonzepts nicht entgegen. Wegen Zweifeln an der Umlagefähigkeit und unsicherer Realisierungsmöglichkeiten einer kostendeckenden Mieterhöhung oder eines Erstattungsanspruchs gegen die Mieter war es sachgerecht, diese zunächst auf die Klägerin zukommenden Kosten in Ansatz zu bringen. 85

? Die Position „Rückerstattungsanspruch N1 und N2“ von 641.258,74 € betrifft die Nachschüsse, die von den dazu bereiten Gesellschaftern anlässlich der ersten beiden Sanierungsversuche geleistet worden sind. Ob es sich dabei um freiwillige Leistungen handelte, die nicht zurückgefordert werden könnten, wie der Beklagte meint, ist nicht streitentscheidend. Für die Berücksichtigung in einem Sanierungskonzept reicht, dass ihre Geltendmachung und Realisierung auf Grundlage von § 812 I 1, 1. Alt. BGB oder § 812 I 2, 2. Alt. BGB im Rahmen der Kalkulation des Sanierungsaufwands gebotenen prognostischen 86

Betrachtungsweise hinreichend wahrscheinlich war, nachdem sich die ersten beiden Sanierungsversuche letztlich als erfolglos erwiesen hatten.

? Auch die Berücksichtigung des Ausfallsrisikos mit 30 % wegen mangelnder Bereitschaft von Gesellschaftern zur Teilnahme oder Zahlungsunfähigkeit gibt zur Beanstandung keinen Anlass. Im Rahmen eines Sanierungskonzepts ist nur ein solcher pauschaler Ansatz möglich. Ihm lagen die Erfahrungen zugrunde, die die Klägerin in den beiden vorausgegangenen Sanierungsversuchen gemacht hat, bei denen ein Ausfall von 20,25 % und 21,55 % zu verzeichnen war. Die großzügige „Aufrundung“ auf 30 % hat die Klägerin nachvollziehbar mit der Altersstruktur der Gesellschafter begründet, die zu einer nachlassenden Zahlungs- und Sanierungswilligkeit geführt habe (Bl. 1139 d.A.). Die Richtigkeit dieses Vortrags hat der Beklagte nicht bestritten. Rückblickend hat sich diese Prognose auch als begründet erwiesen, da sich letztlich nur 220 von 295 Gesellschafter mit einem Kapitalanteil von insgesamt 70 % an der dritten Sanierung beteiligt haben (vgl. Bl. 1140 f. d.A.).

87

? Die Erhöhung des veranschlagten Gesamtnachschussbetrags von 6.980.169,01 € um die Summe der Nachschüsse aus den voran gegangenen Kapitalerhöhungen vom 4.8.2007 und 11.4.2008 von 12.422.858,84 € ist vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass eine Anrechnung der auf die neue Kapitalerhöhung entfallenden Zuschüsse erfolgen sollte. Die Beiträge waren zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits unstreitig in Höhe von ca. 10 Millionen erfüllt. Dem Konzept liegt damit lediglich der auch als solches ausgewiesene Gesamtnachschussbetrag von 6.980.169,01 € zugrunde.

88

(4) Auch die weitere Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze des „Sanierens oder Ausscheidens“, dass es denjenigen Gesellschaftern, die an der Sanierung teilgenommen haben, **unzumutbar** war, die Gesellschaft mit den anderen Gesellschaftern fortzusetzen, die zur Mitwirkung nicht bereit waren, liegt vor.

89

?) Diese Voraussetzung ist auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Regelfall zu bejahen, weil die sanierungswilligen Gesellschafter das Sanierungsrisiko allein auf sich genommen haben (Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08 –, a.a.O., Rn. 29 ff.). Entgegen der Auffassung des Beklagten erfordert dies nicht die Feststellung, dass die Zahlung der negativen Abfindungsbeträge durch die ausscheidenden Gesellschafter für die Umsetzung des Sanierungsmodells erforderlich war. Der Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit für die sanierungswilligen Gesellschafter gründet allein darauf, dass diese das Sanierungsrisiko allein übernehmen. Der Bundesgerichtshof hat in der vorgenannten Entscheidung ausgeführt, dass es für die Rechtmäßigkeit des Sanierungsmodells „Sanieren oder Ausscheiden“ unschädlich sei, wenn die Sanierung auch unter der Voraussetzung gelingen könne, dass nicht alle Gesellschafter neues Kapital beisteuerten (a.a.O., Rn. 31). Hieraus folgt, dass die Zahlung der negativen Abfindungsbeträge durch die ausscheidenden Gesellschafter keine Voraussetzung für das Gelingen der Sanierung ist, weil zur Sanierung abgesehen von Ausfällen wegen Zahlungsunfähigkeit tatsächlich sämtliche (aktuellen oder ehemaligen) Gesellschafter der Gesellschaft Kapital zuführen, nämlich entweder im Wege der Kapitalerhöhung oder im Wege der Verlustausgleichszahlung. Im Übrigen ist regelmäßig ungewiss, zu welchem Zeitpunkt die geschuldeten Abfindungsentgelte gezahlt und ob die hierauf bezogenen Ansprüche der Gesellschaft in voller Höhe realisiert werden können. Daher erscheint es wenig sinnvoll, den Erfolg der Sanierung von der Zahlung der Abfindungsentgelte abhängig zu machen.

90

?) Legt man diese Grundsätze zugrunde, ist von der Unzumutbarkeit der Duldung sanierungsunwilliger Gesellschafter im Streitfall auszugehen.

91

(??) Bereits im Ansatz unzutreffend ist die Annahme des Beklagten, es komme auf die Anzahl der Gesellschafter und die Quote derer an, die der Sanierung zugestimmt hätten. Denn auch bei einem großen Gesellschafterkreis ist es den sanierungswilligen Gesellschaftern, die das Sanierungsrisiko einseitig übernommen haben, nicht zuzumuten, die Gesellschaft mit den sanierungsunwilligen Gesellschaftern fortzusetzen.	92
(??) Auch ob es, wie der Beklagte meint, „ mildere Alternativen “ zu dem hier beschlossenen Sanierungsmodell gegeben hätte, ist unerheblich. Grundsätzlich steht es nämlich den Gesellschaftern frei, sich für ein geeignetes Sanierungsmodell zu entscheiden. Es ist nicht Sache des Gerichts, ein von den Gesellschaftern mehrheitlich beschlossenes Vorgehen darauf zu überprüfen, ob ein anderes Sanierungsmodell ebenso geeignet, aber mit milderer Folgen für die sanierungsunwilligen Gesellschafter verbunden gewesen wäre.	93
Zudem lässt sich nicht feststellen, dass die anderen Sanierungsmodellen tatsächlich ebenso geeignet gewesen wären und sich mildere Folgen ergeben hätten:	94
? Hinsichtlich des „Unterdeckungsmodells“ ist schon fraglich, ob eine Gesellschaft hierdurch langfristig auf stabile Füße gestellt werden kann. Zudem kommt eine Gesellschaft nicht zur Ruhe, wenn immer wieder die jeweils zur Beseitigung der aktuellen Unterdeckung benötigten Beträge von den Gesellschaftern angefordert werden müssen.	95
? Aus dem Modell „Fälligestellung durch Gläubiger“ und der hieraus resultierenden Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger können sich erhebliche Haftungsrisiken für die sanierungsunwilligen Gesellschafter ergeben, die das zu zahlende negative Abfindungsentgelt weit übersteigen. Zudem führt dieses Modell nicht zu einer langfristigen Sanierung der Gesellschaft.	96
? Das Modell „Sanierungsgesellschaft“ bereitet, wie die Klägerin im Einzelnen dargelegt hat (vgl. Bl. 395 ff. d.A.), in seiner Durchführung schon in rechtlicher Hinsicht diverse Probleme. Zudem hat die Klägerin zu Recht darauf hingewiesen, dass die Gründung einer Sanierungsgesellschaft im Ergebnis zur Folge hat, dass die sanierungsunwilligen Gesellschafter indirekt zur Mitwirkung an der Sanierung gezwungen werden, während sie bei dem Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ die Wahl haben, ob sie daran teilnehmen oder aus der Gesellschaft ausscheiden.	97
? Hinsichtlich des „Darlehensmodells“ ist zu berücksichtigen, dass das Sanierungsrisiko wiederum einseitig von denjenigen Gesellschaftern getragen wird, die an der Sanierung der Gesellschaft mittels der Gewährung von Darlehen mitwirken. Dies soll durch das Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ gerade verhindert werden, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine grundsätzlich zulässige Erwägung darstellt. Dieselbe Erwägung gilt für das Modell „Kapitalschnitt“, weil auch dieses Modell zur Folge hat, dass die sanierungsunwilligen Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben.	98
(??) Der Annahme der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Gesellschaft mit nicht sanierungswilligen Gesellschaftern steht auch nicht entgegen, dass es sich bei dem vorliegend zur Beurteilung anstehenden Gesellschafterbeschluss vom 30.3.2012 um den dritten Sanierungsversuch handelt und bereits zuvor in den Gesellschafterversammlungen vom 4.8.2007 und 11.4.2008 Kapitalerhöhungen beschlossen worden sind, um die Klägerin zu sanieren. Der gegenteiligen Auffassung des Landgerichts Offenburg, das unter diesem Aspekt die Unzumutbarkeit verneint hat, da bei den ersten beiden vorausgegangen „Sanierungsrunden“ Nichtzahler geduldet worden seien (Urt. v. 12.5.2017 – 3 O 337/15 – Anlage B 3 = Bl. 1086 ff. d.A., S. 14 f.), schließt sich der Senat nicht an. Sie lässt außer Acht,	99

dass der Gesellschafterbeschluss vom 30.3.2012 die Interessen derjenigen Gesellschafter, die sich an einem oder beiden vorherigen Sanierungsversuchen beteiligt haben, angemessen berücksichtigt, indem die dafür geleisteten Beiträge auf die Höhe des nunmehr zu zahlenden neuerlichen Nachschusses angerechnet werden. Die Ungleichbehandlung der jüngst sanierungsunwilligen Gesellschaftern gegenüber denjenigen, die sich an den beiden vorangegangenen Maßnahmen nicht beteiligt haben, ihre Bereitschaft aber nunmehr gezeigt haben und daher nach wie vor Gesellschafter der Klägerin sind, ist dadurch gerechtfertigt, dass letztere einen Sanierungsbeitrag in Höhe von 85,28 % des Eigenkapitals geleistet haben, während erstere nicht bereit waren, über ihren Sanierungsbetrag von 54,6 % der Zeichnungssumme hinaus weitere Leistungen zu erbringen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Auswahl der Sanierungsmodelle in den Jahren 2007, 2008 und 2012 nicht willkürlich erfolgt ist. Hinzu kommt, dass das gesellschaftsrechtliche Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ bei den ersten beiden Sanierungsversuchen noch nicht anerkannt war, sondern erst seit der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.10.2009 – II ZR 240/08 – BGHZ 183, 1 akzeptiert worden ist. Dadurch ist eine zeitliche Zäsur eingetreten. Der Beklagte wusste, auf was er sich einlässt, als er bis zum Stichtag keine weitere Zahlung leistete.

Aus dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz folgt nichts anderes. Es liegt 100 schon keine Ungleichbehandlung vor, jedenfalls besteht ein sachlicher Grund für das Ausscheiden derjenigen Gesellschafter, die gegen die Kapitalerhöhung vom 30.3.2012 gestimmt haben, weil diejenigen Gesellschafter, die sich zwar nicht an den beiden vorherigen Sanierungsmaßnahmen beteiligt haben, nunmehr aber zugestimmt haben, per Saldo einen deutlich höheren Sanierungsbeitrag geleistet haben als diejenigen Gesellschafter wie der Beklagte, die nur an den früheren Sanierungsversuchen teilgenommen, nunmehr aber widersprochen haben.

Auch kann man nicht davon ausgehen, dass die Gesellschafter der Klägerin durch die 101 früheren Sanierungsversuche verbindlich zum Ausdruck gebracht haben, dass sie zu Sanierungsmaßnahmen bereit seien, ohne darauf zu bestehen, dass diejenigen ausscheiden, die sich daran nicht beteiligen. Dies würde unberücksichtigt lassen, dass eine relevante Anzahl von Gesellschaftern an den früheren Sanierungsversuchen nicht mitgewirkt hat. Zudem waren sich die Gesellschafter bei den beiden vorausgegangenen Sanierungsbemühungen der Möglichkeit des Sanierungsmodells „Sanieren oder Ausscheiden“ – wie bereits ausgeführt – überhaupt nicht bewusst.

Dass die Geschäftsführung der Klägerin, wie der Beklagte betont, die früheren Sanierungen 102 als abschließend bezeichnet hat, ist unerheblich. Denn die Geschäftsführung einer Gesellschaft wird bei jeder Sanierung davon ausgehen, dass diese ausreicht, um die Gesellschaft dauerhaft wirtschaftlich zu stabilisieren. Zudem konnte bei den früheren freiwilligen Sanierungsmaßnahmen nicht zuverlässig abgeschätzt werden, in welchem Maße Zahlungen an die Gesellschaft erfolgen werden, so dass die Geschäftsführung der Klägerin eine zuverlässige Aussage über den Sanierungserfolg im Vorfeld kaum treffen konnte.

(??) Schließlich vermag der Senat dem Beklagten auch nicht dahingehend zu folgen, als er 103 aus der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs für sämtliche Anwendungsfälle des Grundsatzes „Sanieren oder Ausscheiden“ das **Erfordernis eines „Schuldenschnitts“** herleiten will. Zwar stellt der Umstand, dass der Gesellschaft im Falle der Sanierung ein Teil ihrer Schuld erlassen wird, regelmäßig einen besonderen Sanierungsanreiz dar. Dass eine Sanierung ohne einen solchen Forderungsverzicht insbesondere der Gläubigerbanken regelmäßig oder stets unzulässig ist, kann aber nicht angenommen werden. Der

Bundesgerichtshof hat in der von dem Beklagten zitierten Entscheidung zur Frage der Unzumutbarkeit wegen des Verbleibs sanierungsunwilliger Gesellschafter lediglich ausgeführt, dass auch sie „ohne jeden eigenen Beitrag allein aufgrund der Tatsache, dass ihre Mitgesellschafter das Sanierungsrisiko auf sich genommen und das Gesellschaftsvermögen durch eigene – weitere – finanzielle Mittel aufgefüllt haben, zusätzlich – zumindest teilweise – von den auf sie entfallenden Gesellschaftsschulden frei geworden sind“, weil „die Sanierung auch unter der Voraussetzung gelingen konnte, dass [...] die Gläubigerbanken ihren Verzicht nicht von der Teilnahme aller Gesellschafter an der Kapitalerhöhung abhängig gemacht haben“ (a.a.O., Rn. 31). Weder aus dieser, vom Beklagten in diesem Zusammenhang ausdrücklich in Bezug genommene Passage noch aus den eingangs zitierten Nachfolgeentscheidungen lässt sich die vom Beklagten behauptete Schlussfolgerung ziehen.

Abgesehen davon gibt es keinen tragfähigen Grund dafür, dass die Frage des Ausscheidens des Beklagten davon abhängen soll, dass die kreditgebenden Banken quasi als „Gegenleistung“ für die Kapitalerhöhung einen Forderungsverzicht versprochen haben. Der Grundsatz „Sanieren oder Aussteigen“ ist vom Bundesgerichtshofs in den eingangs zitierten Entscheidungen durch die Formulierung der einzelnen Voraussetzungen („wirtschaftlich sinnvoll“, „nicht zumutbar“, „schützenswerten Belange“) bewusst einzelfallbezogen und flexibel ausgestaltet worden. Die Annahme, dass seine Anwendung mit der Art und Weise der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zu Gläubigern der zu sanierenden Publikumsgesellschaft stehen und fallen soll, ist jedenfalls in der bisherigen Rechtsprechung und auch nach dem Sinn und Zweck dieses Modells nicht zu erkennen. Nach dem Grundgedanken dieser Rechtsprechung ist die Tragfähigkeit des Sanierungskonzepts ganzheitlich zu betrachten und nicht von dem eher formalen Aspekt eines „Schuldenschnitts“ abhängig.

(5) Schließlich stehen auch keine **schützenswerten Belange** des Beklagten der Annahme einer Mitwirkungspflicht an der Beschlussfassung vom 30.3.2012 entgegen.

?) Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn die nicht zahlungswilligen Gesellschafter durch ihr Ausscheiden nicht schlechter gestellt werden als im Falle der Liquidation der Gesellschaft. Zu vergleichen ist hierfür der Liquidationsfehlbetrag bei sofortiger Liquidation mit dem negativen Auseinandersetzungsguthaben bei Ausscheiden aus der fortgesetzten Gesellschaft (vgl. BGH, Urt .v. 9.6.2015 – II ZR 420/13 –, a.a.O., Rn. 32; *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2014, § 105 Rn. 105 m.w.N.).

?) Auf Grundlage des übereinstimmenden Sachvortrags der Parteien ist davon auszugehen, dass der Beklagte infolge seines Ausscheidens aus der Gesellschaft nicht schlechter steht, als er im Falle einer Liquidation der Gesellschaft stünde.

??) Die Klägerin hat bereits erstinstanzlich und erneut nach dem ersten Senatstermin vom 20.3.2017 dargelegt, dass der Beklagte für die Folgen der Zerschlagung mit bis zu 157,13 % seines Kapitalanteils haftet hätte, während die Beteiligung an der weiteren Sanierung ihn wegen der Anrechnung der beiden vorherigen Nachschüsse per Saldo nur 30,68 % seiner Einlage gekostet hätte (vgl. Bl. 1147 d.A., unter bb). Der Beklagte wendet dagegen ein, dass er im Außenverhältnis auf Grundlage der entsprechenden Anwendung von § 128 S. 1 HGB einer sehr viel höheren Haftung ausgesetzt sei (Bl. 1029 f. d.A., unter 4., Bl. 1239 f. d.A., unter c)).

Dies mag zwar zutreffend sein, wobei dahinstehen kann, ob sich die Nachhaftung nach dem Ausscheiden des Gesellschafters aber schon aus §§ 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1 S.

1 HGB oder einer analogen Anwendung von § 128 S. 1 oder § 130 Abs. 1 HGB ergibt (vgl. Schäfer, in: Münchener Kommentar, BGB, Bd. 6, 7. Aufl., 2017, § 714 Rn. 70 m.w.N.). Darauf kommt es für die hier allein maßgebliche Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für das Ausscheiden des Beklagten nach dem Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ nicht an. Der Bundesgerichtshof stellt in diesem Zusammenhang auf die Perspektive eines besonnen handelnden, vernünftigen Gesellschafter ab, der vor der Frage steht, ob er sich am Risiko einer möglicherweise (erneut) scheiternden Sanierung des Unternehmens mit der Aussicht auf künftige Erträge der von ihm geleisteten Einlage beteiligen oder mit einem möglichen Abfindungsguthaben gem. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB aus der Gesellschaft ausscheiden will. Soweit keine anderweitigen Erkenntnisse vorliegen, muss er im zweiten Fall nur mit einer quotalen Haftung rechnen, weil er sich entweder bei der Gesellschaft oder seinen Mitgesellschaftern den nicht auf seinen Kapitalanteil entfallenden Betrag zurückholen kann. Insoweit ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt. Andernfalls wäre kaum noch ein Anwendungsfall für das Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ denkbar, weil die Außenhaftung wegen sämtlicher Gesellschaftsschulden nach § 128 S. 1 HGB kaum jemals ein ausgleichender Nachteil sein wird.

??) Die von den Gesellschaftern mit dem Beschluss vom 30.3.2012 mehrheitlich befürwortete Sanierung war auch unter Berücksichtigung der hypothetischen wirtschaftlichen Folgen einer Zerschlagung wirtschaftlich sinnvoll, so dass der Beklagte aufgrund seiner Treue- und Mitwirkungspflicht als Gesellschafter der Klägerin gehalten war, sich auf das Sanierungskonzept vom 1.3.2012 einzulassen. 110

?) Der Sanierungsbetrag belief sich auf 85,28 % des ursprünglichen Eigenkapitals. Diejenigen Gesellschafter, die wie der Beklagte bereits an den beiden vorherigen Kapitalerhöhungen vom 4.8.2007 und 11.4.2008 teilgenommen hatten, mussten infolge der Anrechnung der erbrachten Zahlungen nur 30,68 % zahlen. Für den Beklagten bedeutete dies einen Sanierungsbeitrag in Höhe von 31.371,86 €. 111

?) Wenn die Klägerin liquidiert worden wäre, hätte dies für den Beklagten wirtschaftliche Folgen gehabt, die erheblich nachteiliger gewesen wären. 112

(??) Aus § 18 S. 1 des Gesellschaftsvertrages ergibt sich, dass der Beklagten im Falle der Liquidation anteilig zum Ausgleich verpflichtet gewesen wäre, wenn die Gesellschaftsschulden das Gesellschaftsvermögen übersteigen. Die Klägerin hat bereits in der Klageschrift schlüssig dargelegt, dass damit ein persönliches Haftungsrisiko des Beklagten in Höhe von 157,13 % seiner Zeichnungssumme verbunden war, wovon 94,46 % auf die C2 AG und 62,67 % auf die J entfallen wären (vgl. Bl. 13 ff. d.A.). Diese Haftungsquoten beruhen darauf, dass zwar die Klägerin mit den vorgenannten Banken bei Abschluss der Darlehensverträge vereinbart hat, dass die Gesellschafter persönlich nur entsprechend ihrer Beteiligung haften, jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Tilgungszahlungen der Gesellschaft und sonstige Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen nicht kraft Gesetzes auf die persönlichen Haftung der Gesellschafter angerechnet werden (Urt. v. 8.2.2011 – II ZR 243/09 – NJW 2011, 2045, 2046, Rn. 17 ff.; Urt. v. 17.4.2012 – II ZR 152/10 – NZG 2012, 701, 703, Rn. 24, jew. m.w.N.). 113

(??) Der Beklagte hat dagegen zwar im Ansatz zutreffend eingewandt, dass die im Zerschlagungsfall von den finanzierenden Banken persönlich in Anspruch genommenen Gesellschafter Regressansprüche gegen ihre Mitgesellschafter erlangt und auf den Veräußerungserlös der Fondsimmobilie hätten zugreifen können. Daraus ergibt sich im Ergebnis jedoch nichts anderes, weil der Beklagte zumindest für die Überschuldung der Klägerin anteilig hätte eintreten müssen. 114

Legt man deren Vortrag zugrunde, war die Klägerin am Stichtag, dem 13.12.2012, in Höhe von 8,36 Mio. Euro überschuldet. Davon wären auf den Beklagten entsprechend seinem Beteiligungsanteil von 0,449438 % mindestens 37.500,- € entfallen. Die Richtigkeit dieser Zahlen hat der Beklagte zwar in prozessual zulässiger Weise bestritten, indem er behauptet hat, die Fondsimmoblie sei sehr viel mehr wert gewesen, als die Klägerin angenommen habe, nämlich fast 48,5 Mio. Euro. Davon ausgehend sei die Klägerin in der Lage gewesen sämtliche Kredite zu bedienen und hätte keine zusätzlichen Zahlungen an ihre Gesellschafter leisten müssen. Zu seinen Gunsten hätte sich sogar ein Auseinandersetzungsguthaben ergeben (vgl. Bl. 176, 518 d.A.). 115

Davon kann jedoch nach der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht ausgegangen werden. Die Einholung des Sachverständigengutachtens hat zu der Erkenntnis geführt, dass die Fondsimmoblie am 13.12.2012 einen Verkehrswert von lediglich 26,69 Mio. Euro hatte. Davon ausgehend besteht an einer Überschuldung der Klägerin zu diesem Zeitpunkt kein Zweifel. 116

Der Sachverständige O ist in seinem gegenüber dem Landgericht Bonn – 18 O 294/15 – erstatteten und im hiesigen Verfahren nach §§ 411a, 525 S. 1 ZPO verwerteten Gutachten vom 28.4.2017 den Verkehrswert des Grundstücks zutreffend ermittelt. Seinen überzeugenden Ausführungen schließt sich der Senat an. Den dagegen gerichteten Einwendungen des Beklagten ist der Sachverständige in seiner ergänzenden schriftlichen Stellungnahme vom 31.1.2018 und im Rahmen der Erläuterung seines Gutachtens in der mündlichen Verhandlung vom 23.4.2018 gem. §§ 411 Abs. 3 S. 1, 525 S. 1 ZPO nachvollziehbar und überzeugend entgegengetreten. 117

Im Einzelnen: 118

? Entgegen der Darstellung des Beklagten ist der Sachverständige von Ertragswerten ausgegangen. Dies ergibt sich eindeutig aus der Beantwortung der Beweisfrage im Ausgangsgutachten vom 28.4.2017 und der Bezugnahme auf § 194 BauGB und §§ 17 f. ImmoWertV, in denen das Ertragswertverfahren zur Immobilienwertermittlung geregelt ist. Im Rahmen seiner Anhörung im Senatstermin hat der Sachverständige klargestellt, dass er dieses Verfahren nicht nur zur Ermittlung des Bodenwerts, sondern auch der zu erwartenden Mieterträge angewendet hat. Die Behauptung des Beklagten, dass er nur die am Stichtag tatsächlich erzielten Mieten berücksichtigt habe, hat der Sachverständige unter Bezugnahme auf die einschlägigen Passagen aus seinem Ausgangsgutachten mit überzeugender Begründung als unzutreffend widerlegt. 119

? Entgegen der Behauptung des Beklagten hat der Sachverständige dabei auch die Entwicklung auf dem C Wohnungsmarkt richtig eingeschätzt, soweit sie am Stichtag erkennbar war. Die in den vom Beklagten vorgelegten Unterlagen dokumentierten Kaufpreissteigerungen bei Gewerbeimmobilien und das Umsatzplus bei der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken hat er bei der Bemessung des Liegenschaftszinses berücksichtigt und auf dieser Grundlage den Bodenwert mit 6,15 Mio. Euro ermittelt (Ausgangsgutachten vom 28.4.2017, S. 60 oben). Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung hat der Sachverständige nachvollziehbar abgelehnt und unter anderem mit der Besonderheit der Fondsimmoblie begründet, die im Vergleich zu anderen Grundstücken „weit überdurchschnittlich groß ist und deswegen ein reduziertes Käuferpotenzial hat“ (a.a.O., S. 58). Auch dass sich der Wohnungsmarkt rückblickend aus Sicht von Investoren und Vermietern noch günstiger entwickelt hat, war bei der Wertermittlung nicht zu berücksichtigen. In seiner ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2018 und ergänzend im Senatstermin vom 23.4.2018 hat der Sachverständige überzeugend 120

ausgeführt, dass sich diese Entwicklung – jedenfalls soweit dies aus den am Stichtag verfügbaren Erkenntnisquellen ersichtlich war – noch nicht so verdichtet hatte, um Auswirkungen auf die Höhe des zu ermittelnden Ertragswerts zu haben.

? Auch den Wegfall der Mietpreisbindung hat der Sachverständige bei der Wertermittlung berücksichtigt, ohne dass dies jedoch zu einer Erhöhung der zu erzielenden Mieterträge geführt hat. Dies hat er wiederum einzelfallbezogen und einleuchtend mit den Besonderheiten des Objekts und den Vermögens- und Einkommensverhältnissen der Mieter begründet, ohne dass der Beklagte dem entgegengetreten ist. Um die Wohnungen auf dem preisfreien Markt zu höheren Mieten mit Aussicht auf Erfolg anbieten zu können, wären erhebliche Sanierungsmaßnahmen erforderlich gewesen, deren Kosten von eventuellen Mieterhöhungen in Abzug zu bringen sind. Daher kommt es auch auf den Zeitpunkt des Wegfalls der Mietpreisbindung nicht an. Wie der Sachverständige im Senatstermin vom 23.4.2018 überzeugend dargelegt hat, ergibt sich für das Ergebnis der Begutachtung nichts anderes, wenn die Bindung nicht schon am 30.11.2021, sondern aufgrund der Verträge mit den finanzierenden Banken noch bis zum 30.11.2042 fortbesteht, weil sich damit am Problem der Erschließung neuer Käufergruppen oder Mietinteressenten nichts ändert. Auch auf die Kalkulation des Renovierungsbedarfs hat der Zeitpunkt, in dem der Wohnraum preisfrei wird, keinen Einfluss. 121

? Nicht zu beanstanden ist auch, dass der Sachverständige bei der Bewertung der Mieterträge den C Mietspiegels 2011 zugrunde gelegt hat. Der Folgemietspiegel ist erst im Mai 2013 veröffentlicht worden und daher für den Stichtag nicht maßgeblich. Wie der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten vom 31.1.2018 im Einzelnen dargelegt hat, hätte sich bei Anwendung des C Mietspiegels 2013 allenfalls ein geringerer Mietertrag ergeben, weil darin eine geringere ortsübliche Vergleichsmiete für das zu begutachtende Grundstück vorgesehen ist. Entsprechendes gilt für die Lage und Größe des Grundstücks. Der Sachverständige hat im Senatstermin vom 23.4.2018 überzeugend ausgeführt, dass die Vermarktung des Grundstücks unter diesen Aspekten und wegen der Art seiner Bebauung jedenfalls zum Stichtagszeitpunkt als schwierig einzuschätzen war. Auch diese Gesichtspunkte könnten also allenfalls zu einer Reduzierung des Verkehrswerts führen, also zu einer für den Beklagten ungünstigeren Bewertung. 122

? Eine Unrichtigkeit des Gutachtens ergibt sich schließlich auch nicht aus dem Einwand des Beklagten, der Sachverständige hätte bei der Wertermittlung berücksichtigen müssen, dass in vielen Fällen Indexmieten vereinbart und daher Mieterhöhungen möglich gewesen seien. Dazu hat der Sachverständige im Senatstermin vom 23.4.2018 überzeugend ausgeführt, dass auch dieser Aspekt für die Wertermittlung unerheblich sei, und zwar selbst dann, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für eine Anpassung der Gewerbemieten an die Inflationsraten vorgelegen haben sollten. Aus wirtschaftlichen Gründen sei es sinnvoll gewesen, von der Durchsetzung dieser Ansprüche zur Vermeidung von Leerstand abzusehen. Denn zum damaligen Zeitpunkt habe das Risiko bestanden, dass wichtige Mieter wie der Betreiber einer Kindertagesstätte oder eines Drogeriemarkts daraus die Konsequenz gezogen hätten, die Mietverträge zu kündigen, ohne dass eine zeitnahe Wiedervermietung hätte realisiert werden können. Bei dieser Sachlage, deren Richtigkeit der Beklagte nicht bestritten hat, ist nicht zu beanstanden, dass der Gesichtspunkte der Indexierung von Mieten bei der Ermittlung der Mieterträge außer Acht geblieben ist. 123

b) Der Abfindungsanspruch besteht allerdings nur in der vom Senat zuerkannten Höhe. 124

aa) Rechtsfolge des Ausscheidens des Beklagten ist, dass er gem. § 739 BGB zum Ausgleich des auf seinen Kapitalanteil entfallenden Fehlbetrages aus einer 125

Auseinandersetzungsbilanz verpflichtet ist, die den gesetzlichen und bilanziellen Anforderungen genügt. Aus § 17, 2. Halbs. des Gesellschaftsvertrages der Klägerin ergibt sich, dass Abfindungsguthaben des ausscheidenden Gesellschafters der Betrag ist, „den ein Dritter oder ein Gesellschafter für die Beteiligung zu zahlen bereit ist; ggfls. hat er Nachschüsse zu leisten, sofern die anteiligen Verbindlichkeiten den Abfindungswert übersteigen“. Zu der zwischen den Parteien strittigen Frage, ob dieser nach dem **Substanz- oder Ertragswertverfahren** zu bestimmen ist, gibt weder diese Bestimmung noch die flankierende Regelung des § 18 zur Nachschusspflicht der Gesellschafter bei Auflösung der Klägerin etwas her. Es gilt daher der Grundsatz, dass in der von §§ 738 Abs. 1 S. 2, 739 BGB geforderten Abfindungsbilanz grundsätzlich Ertragswerte zugrunde zu legen sind, da im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist (vgl. *BGH*, Urt. v. 16.12.1991 – II ZR 58/91 – BGHZ 116, 359, 370 f. und die vom Beklagten im Schriftsatz vom 9.3.2018 zitierte Rspr. = Bl. 1241 d.A.). Die früher in der Rechtsprechung vorherrschende Ansicht, dass die Abfindung nach Substanzwerten zu bemessen ist, war schon vor dieser Grundsatzentscheidung überholt und kann daher für die Auslegung des Gesellschaftsvertrags der Klägerin vom 1.12.1989 nicht maßgeblich sein (vgl. *Schäfer*, a.a.O., § 738 Rn. 23 ff. m.w.N.).

bb) Diesen Anforderungen wird die von der Klägerin vorgelegte Auseinandersetzungsbilanz 126 weitgehend gerecht. Insbesondere ist sie nicht deshalb fehlerhaft, weil sie bei der Berechnung einem Systemfehler unterliegt, wie der Beklagte geltend macht. Zwar trifft es zu, dass der Wert der Beteiligung grundsätzlich anhand des Verkehrswerts des von der Klägerin betriebenen Unternehmens zu ermitteln ist, für den wiederum der Ertragswert maßgeblich ist. Grundsätzlich kommt es also nicht auf den Wert der einzelnen Vermögenspositionen des Unternehmens an. Bei der hier zu beurteilenden Gesellschaft liegen die Dinge jedoch anders. Bei einer Immobiliengesellschaft entspricht im Großen und Ganzen die Summe der Ertragswerte der einzelnen Immobilien dem Ertragswert des gesamten Unternehmens, wenn man einen Firmenwert unberücksichtigt lässt (*Schäfer*, *Sanieren oder Ausscheiden?*, in: *Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare: Festschrift für Hand Gerhard Ganter*, S. 46 = Bl. 1035 ff. d.A.). Da ein solcher Firmenwert hier nicht gegeben ist und vom Beklagten auch nicht behauptet wird, ist es sachgerecht, vorliegend maßgeblich auf den Ertragswert der von der Klägerin gehaltenen Immobilie abzustellen, ohne dass es einer Unternehmensbewertung nach den dafür einschlägigen Regeln bedarf.

In zweierlei Hinsicht bedarf die vom Steuerberater der Klägerin am 2.9.2013 erstellte 127 Auseinandersetzungsbilanz jedoch der Korrektur:

(1) Zunächst ist sie insoweit zu berichtigen, als der Verkehrswert der Fondsimmoblie nicht 128 25,6 Mio. Euro beträgt, sondern mit 26,69 Mio. Euro zu veranschlagen ist. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen O vom 28.4.2017 und seinem Ergänzungsgutachten vom 31.1.2018, auf die der Senat auch in diesem Zusammenhang Bezug nimmt.

(2) Entgegen der Auffassung des Beklagten sind die Verbindlichkeiten der Klägerin zu Recht 129 in voller Höhe passiviert worden. Der Umstand, dass die Haftung der Gesellschafter im Innen- und Außenverhältnis entsprechend ihrer ursprünglichen Beteiligung an der Gesellschaft beschränkt ist, rechtfertigt es nicht, die Verbindlichkeiten nur teilweise zu passivieren. Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, auf die sich der Beklagte in diesem Zusammenhang beruft, ergibt sich nichts anderes, weil im dort zur Entscheidung stehenden Fall die Haftung des Gesellschafters auf einen summenmäßigen Teil der Gesellschaftsverbindlichkeit beschränkt war (Urt. v. 9.3.2009 – II ZR 131/08 – a.a.O.).

(3) Der Abfindungstichtag ist nicht willkürlich gewählt worden. Die Gesellschafter der Klägerin haben in Ziff. 6.4.1 des Sanierungsbeschlusses vom 30.3.2012 festgelegt, dass die nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmenden Gesellschafter bis zum 13.12.2012 entscheiden können, ob sie noch nachträglich ihren Beitrag leisten wollen. Ihr Ausscheiden sollte mit schuldrechtlicher Wirkung erst mit Ablauf des vorangehenden Tages erfolgen. Der Sanierungstichtag ist in Ziff. 6.6.1 des Sanierungsbeschlusses definiert als der Tag der Auszahlung der Gesellschafterbeiträge vom Treuhandkonto, wobei die Voraussetzungen für eine Auszahlung durch den Treuhänder im Einzelnen aufgeführt sind. Vor diesem Hintergrund musste die Klägerin eine Abfindungsbilanz zum 13.12.2012 erstellen, ohne dass erkennbar ist, dass der Zeitpunkt des schuldrechtlichen Ausscheidens im Sanierungsbeschluss willkürlich zum Nachteil der ausscheidenden Gesellschafter bestimmt worden ist.

(4) Entgegen der Auffassung des Beklagten hat die Klägerin bei der Ermittlung des negativen Abfindungsguthabens des Beklagten zu Recht dessen ursprünglichen Beteiligungsanteil zugrunde gelegt. Denn die Kapitalherabsetzung, die der Kapitalerhöhung nach Ziff. 6.3.2.1 des Sanierungsbeschlusses vom 30.3.2012 notwendigerweise vorangehen musste, wurde gemäß Ziff. 6.3.1 des Sanierungsbeschlusses erst zum Sanierungstichtag am 14.12.2012 wirksam. Folglich war der Beklagte zum für die Berechnung des Abfindungsguthabens maßgeblichen Stichtag 13.12.2012 noch mit seinem ursprünglichen Anteil von 0,449438 % an der Klägerin beteiligt. Nicht zu beanstanden ist auch, dass im Sanierungsbeschluss vom 30.3.2012 der Zeitpunkt des schuldrechtlichen Ausscheidens der sanierungsunwilligen Gesellschafter so festgelegt wurde, dass dieser der Kapitalherabsetzung und anschließenden Kapitalerhöhung voranging. Denn die Abfindungsbilanz war grundsätzlich so aufzustellen, als wenn die Gesellschaft liquidiert worden wäre. Folglich waren die ursprünglichen Beteiligungsverhältnisse zugrunde zu legen. 131

(5) Auch gegen die Berücksichtigung eines Betrages von 374.000,- € für Prozesskosten der C2 AG gegen Gesellschafter der Klägerin bestehen keine Bedenken. Die Verpflichtung, dieser Bank die Kosten der Rechtsverfolgung der Gesellschafter der Klägerin zu erstatten, hat die Klägerin im Rahmen der Vereinbarung neuer Darlehenskonditionen vom 28.5.2008 übernommen (Anlage K 21, unter Ziff. IX. 3.). Der Senat hat keine Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Vereinbarung. Daher ist auch nicht zu beanstanden, dass sie in der Auseinandersetzungsbilanz passiviert worden sind. Ihre Bilanzierungsfähigkeit wird auch nicht durch die erforderliche Aktivierung von Schadensersatzansprüchen gegen die Geschäftsführung neutralisiert. Der Beklagte hat nicht hinreichend dargelegt, dass die Übernahme der Kostenerstattungspflicht pflichtwidrig ist. Eine solche Vereinbarung ist nicht stets pflichtwidrig. Entscheidend ist eine Bewertung sämtlicher Umstände, wozu etwa auch eine schwache Verhandlungsposition gegenüber dem Kreditinstitut oder drohende Nachteile bei der Ablehnung der Forderung zählen können. 132

Einwendungen gegen die Wirksamkeit dieser Vereinbarung hat der Beklagte nicht erhoben. Daher erschließt sich auch nicht, warum sie in der Auseinandersetzungsbilanz nicht passiviert werden können. Die Erwägungen des Beklagten im Schriftsatz vom 9.3.2018 tragen nicht (Bl. 1264 d.A.), weil es nicht um die Frage eines möglicherweise nicht mehr möglichen Rückgriffs der Klägerin bei den verklagten Gesellschaftern geht, sondern um die Kostenübernahme im Außenverhältnis gegenüber der C2 AG. 133

(6) Auch die Position für „Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern aus freiwilligen Nachschüssen“ in Höhe von 10.238.696,68 € wegen der anlässlich der Kapitalerhöhung vom 4.8.2007 und 11.4.2008 geleisteten Zahlungen hält der Senat für gerechtfertigt. 134

Nachschüsse, die ohne Rechtsgrund geleistet worden und in unverjährter Zeit seitens der Gesellschafter rückforderbar sind, stellen Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber den Gesellschaftern dar, die zu passivieren sind (BGH, B. v. 9.3.2009 – II ZR 131/08 – NZG 2009, 581, Rn. 11). Ein solcher Fall lag bei den ersten beiden Kapitalerhöhungen vor, weil hier noch nicht das Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ angewendet worden ist. Dass gleichwohl dessen Voraussetzungen vorgelegen hätten, behauptet der Beklagte nicht. Auch zeigt er sonst keine Gründe dafür auf, warum diese Zahlungen kondiktionsfest geleistet worden sind oder am Stichtag bereits Verjährung eingetreten war. Die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs betrifft keine Kapitalerhöhung, sondern die Erhöhung einer Pflichteinlage (Urt. v. 25.5.2009 – II ZR 259/09 – NJW-RR 2009, 1264, 1266, Rn. 14 ff.).

(7) Für durchgreifend hält der Senat jedoch den Einwand des Beklagten, dass die Rückstellung für Ausfallsrisiken nicht pauschal hätten erfolgen dürfen. 135

?) Zwar hat der Bundesgerichtshofs zur Kalkulation der Nachschusspflicht eines Gesellschafters entschieden, dass die Annahme eines pauschalen Ausfallrisikos in Höhe von 20% bei der vorläufigen Kalkulation der Nachschusspflicht eines Gesellschafters nach § 735 S. 1 BGB nicht zu beanstanden und der beklagte Gesellschafter darlegungspflichtig ist, dass diese Ausfallsquote auf unzutreffenden Grundlagen beruhe oder unrealistisch sei (Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09 – BGHZ 191, 293, Rn. 29 ff.). Aus dieser Entscheidung folgt, dass die Gesellschaft im Rahmen der Schlussabrechnung mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter konkret darzulegen hat, dass und in welcher Höhe sie mit Abfindungsforderungen gegen Gesellschafter ausgefallen ist. 136

?) Gemessen an diesen Maßstäben kann sich die Klägerin mit dem geltend gemachten Anspruch auf Fehlbetragsausgleich nach § 739 BGB i.V.m. § 17, 1. Halbs. ihres Gesellschaftsvertrages nicht auf eine pauschale Betrachtungsweise berufen. Die insoweit im Rahmen der Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013 aufgestellten prognostischen Erwägungen tragen nicht (mehr). Am Stichtag war bekannt, welche Gesellschafter sich an der Sanierung beteiligen und in welcher Höhe sie einen Beitrag leisten würden. Die Namen der Gesellschafter, bei denen mit einem Ausfall zu rechnen war, waren der Klägerin nach ihrer eigenen Darstellung bekannt und sind von ihr an den Steuerberater übermittelt worden, der die Auseinandersetzungsbilanz erstellt hat (vgl. Bl. 439 d.A.). Auf Grundlage dieser Erkenntnis wäre die Klägerin in der Lage gewesen, sowohl in Bezug auf den Ausfall von Sanierungsbeiträgen als auch das Insolvenzrisiko einzelner Gesellschafter konkret vorzutragen. Das hat sie weder auf den schriftsätzlichen Vorhalt des Beklagten noch den Hinweis des Senats im Verhandlungstermin vom 23.4.2018 getan. Auch eine Schriftsatzfrist i.S.v. §§ 139 Abs. 5, 525 S. 1 ZPO hat sie nicht beantragt, nachdem dieser Hinweis erfolgt ist. Einer darüber hinausgehende Auflage bedurfte es unter diesen Umständen nicht. 137

cc) Im Ergebnis ergibt sich daraus, dass die Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013, die auf einen Fehlbetrag von insgesamt 23.451.927,99 € lautete, zum einen wegen der Höhe des vom Sachverständigen ermittelten geringeren Verkehrswerts der Fondsimmoblie auf 22.361.927,99 € und nochmals wegen der Rückstellungen für das Ausfallrisiko in Höhe von 5.035 Mio. € zu reduzieren ist. Demnach ist nur noch von einem Fehlbetrag in Höhe von 17.326.927,99 € auszugehen. Unter Berücksichtigung der Beteiligungsquote des Beklagten von 0,449438 % ergibt sich daraus ein Haftungsanteil am Fehlbetrag in Höhe von 77.873,80 €, von dem die im Rahmen der ersten beiden Sanierungsversuche geleisteten Beiträge in Höhe von 55.834,09 € in Abzug zu bringen sind. 138

c) Gegenüber dem demnach in Höhe von 22.039,71 € bestehenden Anspruch steht dem Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht zu (§ 273 Abs. 1 BGB). 139

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich ein Gesellschafter gegenüber der Fehlbetragshaftung aus § 739 BGB auf einen Freistellungsanspruch aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB bezüglich der gemeinschaftlichen Schulden berufen. Die gesetzlich vorgeschriebene Schuldenbefreiung ist jedoch grundsätzlich durch die Schuldenentlassung durch den Gesellschaftsgläubiger als erfüllt anzusehen (BGH, Urt. v. 3.5.1999 – II ZR 32/98 – ZIP 1999, 1003, 1004, unter 3.). Der in Anspruch genommene Gesellschafter ist aufgrund der ihn insoweit treffenden Darlegungslast als Gläubiger des Schuldbefreiungsanspruchs zur Konkretisierung der Gesellschaftsschulden verpflichtet, hinsichtlich derer er die Zurückbehaltung geltend macht (BGH, Beschl. v. 9.3.2009 – II ZR 131/08 – ZIP 2009, 1008, Rn. 2).	140
bb) Gemessen an diesen Maßstäben hat der Beklagte kein Recht zur Zurückbehaltung des Fehlbetrages aus der Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013.	141
(1) Die Darlehensverbindlichkeit der Klägerin gegenüber der C2 AG, hinsichtlich derer der Beklagte Freistellung verlangen könnte, bestehen nach übereinstimmenden Vorbringen der Parteien nicht mehr.	142
(2) Bezüglich der noch valutierenden Kredite der J ist zu berücksichtigen, dass diese den Beklagten aus der Haftung entlassen hat. Die ursprüngliche Freistellungserklärung aus dem Schreiben vom 12.4.2016 stand zwar unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des zunächst von der Klägerin geforderten Betrages aus der Auseinandersetzungsbilanz vom 2.9.2013. Auch das nach Eingang des Sachverständigengutachtens auf eine reduzierte Hauptforderung von 44.688,91 € vorgelegte Schreiben der J vom 16.4.2018 enthält eine gleichlautend formulierte Bedingung. Der Senat legt diese Erklärungen in der Gesamtschau mit den sonstigen Umständen gem. §§ 133, 157 BGB jedoch so aus, dass der Beklagten aus der Haftung entlassen werden sollte, nachdem er den objektiv geschuldeten Betrag an die Klägerin gezahlt hat, der ihr aus der Auseinandersetzungsbilanz zusteht. Davon ausgehend sind die Bedenken des Beklagten, die J könnte die Freistellungserklärungen nicht gegen sich gelten lassen, falls er nur die ihm gerichtlich abverlangte Summe und damit einen geringeren als den zuletzt geforderte Betrag zahlt, nicht gerechtfertigt. Denn die J machte eine ihr bzw. der Klägerin tatsächlich nicht zustehende Forderung geltend, wenn sie sich darauf berufen würde, dass der Beklagte die Bedingung aus dem Schreiben vom 16.4.2018 nicht erfüllt habe. Von einem solchermaßen treuwidrigen Verhalten kann bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts als Teil der Verwaltung des Landes C, die sich im Regelfall rechtmäßig verhalten wird, nicht ausgegangen werden.	143
2.	144
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 24.1.2014 ist der Beklagte spätestens seit dem 22.2.2014 in Verzug (Anlage K 14).	145
3.	146
Schließlich steht der Klägerin auch der als weitere Nebenforderung geltend gemachte Anspruch auf Erstattung ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB).	147
a) Der Anspruch besteht allerdings nur für die in der Kostennote vom 17.4.2014 angegebene 1,3-fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG nach einem Gegenstandswert von 26.934,42 €, also in Höhe von 1.121,90 € zzgl. der Auslagenpauschale von 20,- € gem. Nr.	148

- aa)** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Schädiger nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis adäquat verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren. Maßgeblich ist die Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person zum Zeitpunkt der Beauftragung des Rechtsbeistands. Daran sind zwar keine überzogenen Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 17.9.2015 – IX ZR 280/14 – NJW 2015, 3793, 3794, Rn. 8 m.w.N.). Die Ersatzpflicht des Schuldners wird nicht allein dadurch eingeschränkt, dass die Maßnahme sich später im Verlauf des Verfahrens als erfolglos oder unzweckmäßig erweist. Sie muss aber ex ante zur Wahrung der Rechte des Gläubigers erforderlich und zweckmäßig sein (Ernst, in: Münchener Kommentar, BGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 286 Rn. 157; Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014 (Stand: 25.3.2015), § 286 Rn. 222, jew. m.w.N.). 149
- bb)** Letzteres ist hier in Bezug auf die in der Auseinandersetzungsbilanz enthaltenen Rückstellungen für die beiden Ausfallrisiken zu verneinen, weil insoweit von Anfang an kein Anspruch gegen den Beklagten begründet war. Dagegen ist die Unwägbarkeit in tatsächlicher Hinsicht, die auf der Einholung des Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrswerts der Fondsimmoblie beruht, der Klägerin bei der gebotenen ex-ante-Betrachtungsweise nicht vorzuwerfen. Insbesondere durfte sie sich auf die Richtigkeit des von ihr vorprozessual eingeholten Verkehrswertgutachtens vom 8.2.2013 verlassen. Jedenfalls sind gegenteilige Anhaltspunkte vom Beklagten nicht vorgetragen worden und angesichts der verhältnismäßig geringen Abweichung der Expertise des Sachverständigen O um nicht einmal 5 % nach oben auch nicht ersichtlich (26,69 gegenüber 25,6 Mio. Euro). Das darauf entfallende Risiko der Zuerkennung eines geringen Schadensbetrages geht daher zu Lasten zu Beklagten. Es ist vorliegend mit 4.894,71 € zu beziffern, weil auf Grundlage des vom Senat eingeholten Sachverständigengutachtens von einer entsprechenden Reduzierung der Klageforderung auszugehen war (vgl. Bl. 1014 f. d.A.). 150
- cc)** Bei der Berechnung der Höhe der Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV RVG war zudem zu beachten, dass die Klägerin auf den Einwand des Beklagten mit Schriftsatz vom 9.3.2016 eingeräumt hat, dass sie als Unternehmen der Wohnungswirtschaft einen anteiligen Betrag von 2 % der Umsatzsteuer nicht geltend zu machen berechtigt ist (Bl. 445 f. d.A., unter Ziff. 14). Entsprechend reduziert sich die ihr auf den vorgenannten Betrag von 1.141,90 € zustehende Umsatzsteuer von 216,96 € um 4,39 €, so dass sich ein auf die vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten entfallender Gesamtbetrag von 1.354,47 € ergibt. 151
- b)** Auch in Bezug auf diese Nebenforderung kann die Klägerin Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe verlangen (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB). Denn sie hat auch ihre vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beim Beklagten angemahnt und ihn mit Schreiben vom 17.4.2014 mit Ablauf der dort gesetzten Frist zum 6.5.2014 in Verzug gesetzt (Anlage K 17). 152
- III.** 153
- Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Ziff. 10 S. 1, 711 S. 1 und 2 ZPO. 154
- Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Streitentscheidung war einzig die Anwendung der vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze des „Sanierens oder Ausscheidens“ des Gesellschafters einer 155

Personengesellschaft auf den Einzelfall. Auch zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in einer Auseinandersetzungsbilanz pauschale Ausfallrisiken einzustellen sind, hat der Senat lediglich höchstrichterlich entwickelte Maßstäbe auf den Einzelfall angewendet. Demnach hat die Sache weder grundsätzliche Bedeutung i.S.v. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO).
