



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 420/13

Verkündet am:  
9. Juni 2015  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 133 A, 157 A, 242 A, 705 ff.

Der Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft muss für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine ausdrückliche Regelung enthalten, weil diese Treuepflicht jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent ist. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierende Regelungen enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 - Sanieren oder Ausscheiden; Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768).

BGH, Urteil vom 9. Juni 2015 - II ZR 420/13 - OLG München I  
LG Memmingen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Caliebe und die Richter Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Dezember 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, verlangt von dem Beklagten mit der Begründung, dieser sei zum 31. März 2011 aus der Gesellschaft ausgeschieden, Zahlung des sich zu seinen Lasten aus der Auseinandersetzungsbilanz ergebenden Fehlbetrags in Höhe von 29.040,01 €.

2 Die Klägerin wurde 1995 gegründet. Ihr traten circa 600 Gesellschafter mit einem Eigenkapital von 38.373.400 € bei. Die Immobilien des Fonds, jeweils ein Objekt in B. -R. und eines in B. -H., wurden in den Jahren 1995 bis 1996 errichtet. Hieraus erzielte die Klägerin Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und konnte grundsätzlich Mittel aus öffentlicher Förderung durch das Land B. beanspruchen.

3 Der Beklagte trat der Klägerin mit Zeichnungsschein vom 13./25. November 1996 mit einer Beteiligungssumme von 50.000 DM bei.

4 Die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Fonds, die der Beklagte mit seiner Beitrittserklärung als verbindlich anerkannt hat, bestehen ausweislich der Präambel aus folgenden Regelungswerken:

- I. Auftrag, Vollmacht und Genehmigung
- II. Gesellschaftsvertrag
- III. Geschäftsbesorgungsvertrag
- IV. Grundbuchtreuhand
- V. Treuhandbankvertrag
- VI. Schlussbestimmungen.

5 Gemäß den Schlussbestimmungen stellen diese Regelungswerke ein einheitliches Vertragswerk dar.

6 Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin (künftig: AVB II) enthält u.a. folgende Regelungen:

**§ 3 Beitragspflicht und sonstige Pflichten der Gesellschafter**

1. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet,
  - den in der Zeichnungserklärung übernommenen Beitrag an die Gesellschaft zu leisten ...

- die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu übernehmen und Nachschüsse bei fehlender Liquidität zu leisten, jedoch stets nur quotal entsprechend seiner Beteiligung an der Gesellschaft,

...

3. Erfüllt ein Gesellschafter seine Pflichten nicht, kann er aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (§ 14 AVB II).

#### **§ 4 Beteiligung an der Gesellschaft**

1. Die Beteiligung eines jeden Gesellschafters an der Gesellschaft ergibt sich aus dem Verhältnis seiner in der Beitrittserklärung übernommenen Beitragspflicht (Nominalbeteiligung) zur Summe aller von den Gesellschaftern übernommenen Beitragspflichten. Ein Aufgeld wird nicht berücksichtigt.
2. Es ist vorgesehen, so viele Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen, dass eine Gesamtbeitragspflicht von 73.795.000 DM besteht. Die Gesamtbeitragspflicht entspricht dem für die Finanzierung des Investitionsvorhabens geplanten Eigenkapital (Nominalkapital der Gesellschaft). Zu einer notwendigen Nachfinanzierung kann das Nominalkapital um bis zu 10 % erhöht werden durch Beitragserhöhung der Gesellschafter oder durch Aufnahme weiterer Gesellschafter.
3. Die Beitragspflicht kann geringer als der Nennwert der Nominalbeteiligung festgelegt werden, wenn Neugesellschafter für Ausgeschiedene aufgenommen werden.
4. Durch sukzessiven Gesellschafterbeitritt kann die Beteiligungsquote zunächst höher sein, sofern durch eine Beitragsgarantie zum 31.12. des Jahres der Fertigstellung die angestrebte Quote sichergestellt ist.
5. Die Beteiligungsquote kann sich verringern, sofern der Gesellschafter bei einer Beitragserhöhung nach Abs. 2 nicht mitwirkt.

#### **§ 8 Gesellschafterbeschlüsse**

...

8. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Gesellschaftsvertrag kann nur mit mindestens 75 % der abgegebenen Stimmen geändert werden. ...
10. ... Der Inhalt der Niederschrift gilt als anerkannt, wenn nicht innerhalb von 4 Wochen nach Absendung der Niederschrift an die

Gesellschafter eine mit Gründen versehene Einwendung erhoben wurde. Nach Fristablauf ist jede Beanstandung ausgeschlossen.

### **§ 11 Gewinn- und Verlustbeteiligung, Ausschüttungen**

...

2. Treten die Gesellschafter bis zur vollständigen Zeichnung des Nominalkapitals zu unterschiedlichen Zeitpunkten bei oder wird ein Neugesellschafter als Ersatz für einen ausgeschlossenen Gesellschafter innerhalb der Bauerrichtungsphase aufgenommen, so sind die später beitretenden Gesellschafter verpflichtet, von den zukünftigen Verlusten der Gesellschaft vorab so viel zu tragen, bis alle Verlustanteile der Gesellschafter den Beteiligungsquoten gleichermaßen entsprechen. Es kann hiervon eine abweichende Regelung getroffen werden.

### **§ 14 Ausschluss eines Gesellschafters**

1. Die Gesellschafter können durch Beschluss einen Gesellschafter aus wichtigem Grunde aus der Gesellschaft ausschließen.
2. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn
  - a) ...
  - b) ...
  - c) ein Gesellschafter seiner Nachschusspflicht nach § 3 Abs. 1 AVB II nicht nachkommt;

...

3. Ein Gesellschafter scheidet aus in den Fällen des
  - a) und b) rückwirkend mit dem Tage des Beitritts,
  - c) an dem Tag, an dem ein Dritter an der Stelle des ausgeschlossenen in die Gesellschaft aufgenommen wurde ...

7 Im Geschäftsbesorgungsvertrag (AVB III) findet sich u.a. folgende Regelung:

**§ 5 Schlussrechnung**

1. Der Geschäftsbesorger ist verpflichtet, nach Fertigstellung des Bauvorhabens bzw. der Anerkennung der Schlussabrechnung durch die Investitionsbank B. unverzüglich die Schlussabrechnung vorzulegen.  
  
...
3. Zur Abdeckung von Mehrkosten ... ist der Geschäftsbesorger ohne besonderen Gesellschafterbeschluss berechtigt, das Nominalkapital der Gesellschaft durch Aufnahme von Neugesellschaftern um höchstens 10% zu erhöhen. Die Gesellschafter haben ein Vorzeichnungsrecht.

8 Im Jahre 2009 erzielte die Klägerin nach ihren Angaben bei Inrechnungstellung sämtlicher Einnahmen, d.h. auch der Förderung, gerade noch ein ausgeglichenes Ergebnis, sie war jedoch überschuldet. Die Bankverbindlichkeiten beliefen sich auf 66.911.000 € und damit auf das 28,8-fache der Jahressollmiete ohne öffentliche Förderung und rund 172 % des Eigenkapitals der Gesellschaft. Demgegenüber standen Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 16.837.000 €. Wegen der problematischen Vermietungssituation, der Beendigung des Generalmietvertrags für die Gewerbefläche zum 31. August 2010 und des absehbaren Wegfalls der öffentlichen Fördermittel schaltete die Klägerin die K. GmbH als Sanierungsberaterin zur Erarbeitung eines Sanierungskonzepts ein.

9 Nach Erörterung verschiedener Handlungsoptionen und des erarbeiteten Sanierungskonzepts wurde auf einer Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 2. Dezember 2009 die Sanierung der Gesellschaft nach dem Modell "Sanieren oder Ausscheiden" beschlossen. Danach wurde das bestehende und

vollständig verbrauchte Nominalkapital der Gesellschaft von 38.373.400 € um 38.335.026,60 € auf 38.373,40 € (1 Promille) herabgesetzt und sodann eine Kapitalerhöhung um den erforderlichen Sanierungsbetrag um bis zu 36.454.730 € auf 36.493.103,40 € beschlossen. Die Gesellschafter wurden zur freiwilligen Übernahme der Kapitalerhöhung entsprechend ihrer vor der Kapitalherabsetzung bestehenden quotalen Beteiligung aufgefordert. Weiter wurde folgender Beschluss mit einer Mehrheit von 90,71 % gefasst:

"Gesellschafter, die bis zum Einzahlungsstichtag - spätestens jedoch bis zum Sanierungsstichtag - nicht nach Maßgabe der Bestimmungen zu 7.3.2 einen Anteil in Höhe ihres jeweiligen Gesellschafterbeitrags auf den Erhöhungsbetrag übernommen und (durch Zahlung oder Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung) bewirkt haben, scheiden mit dinglicher Wirkung mit dem Ablauf des Sanierungsstichtags, mit schuldrechtlicher Wirkung mit dem auf den Sanierungsstichtag vorangehenden Tag, 24.00 Uhr, aus der Gesellschaft aus, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Gesellschaft bedarf."

10 Der Beklagte stimmte dem Beschluss nicht zu und beteiligte sich nicht an der von der Gesellschafterversammlung der Klägerin beschlossenen freiwilligen Übernahme der Kapitalerhöhung. Die auf den Sanierungsstichtag, den 31. März 2011, durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellte Auseinandersetzungsbilanz ergab einen Bilanzfehlbetrag von 42.061.540,54 €. Entsprechend seiner zum Sanierungsstichtag bestehenden Beteiligung von 0,067755 % ergibt sich hieraus ein Fehlbetrag zu Lasten des Beklagten in Höhe von 29.040,01 €.

11 Das Landgericht hat die auf Zahlung dieses Fehlbetrags gerichtete Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewie-

sen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision der Klägerin hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

13 I. Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2014, 1172 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte sei nicht aufgrund des Beschlusses vom 2. Dezember 2009 aus der Klägerin ausgeschieden, sondern weiterhin Gesellschafter. Er sei daher nicht verpflichtet, den von der Klägerin geltend gemachten Fehlbetrag der Auseinandersetzungsbilanz zum 31. März 2011 zu zahlen. Zwar teile das Berufungsgericht nicht die Auffassung des Landgerichts, wonach eine Zustimmungspflicht des Beklagten zu dem Beschluss vom 2. Dezember 2009 aus Treuepflichtgesichtspunkten bereits deshalb zu verneinen sei, weil im Streitfall zum Zeitpunkt der Beschlussfassung zwar eine Überschuldung der Klägerin, nicht jedoch bereits Zahlungsunfähigkeit vorgelegen habe; eine drohende Zahlungsunfähigkeit reiche zur Annahme der Sanierungsbedürftigkeit aus.

14 Ob die Klägerin sanierungsbedürftig gewesen sei, könne jedoch offen bleiben, weil der Beklagte aus anderen Gründen nicht zur Zustimmung zu dem Ausschließungsbeschluss vom 2. Dezember 2009 verpflichtet gewesen sei. Anders als das Landgericht gemeint habe, folge dies jedoch nicht aus den Regelungen in § 4 Abs. 2, Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags, da diese nur die Investitionsphase betreffen, in der Bewirtschaftungsphase jedoch nicht unmittelbar anwendbar seien.

- 15 Gleichwohl habe vorliegend nach dem Gesellschaftsvertrag keine eine Zustimmungspflicht des Beklagten begründende, berechtigte Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter bestanden. Zwar enthalte der Gesellschaftsvertrag in § 3 Abs. 1 eine Regelung, die eine Erwartungshaltung, dass jeder Gesellschafter in der finanziellen Schieflage der Gesellschaft weiteres Risiko auf sich nehme und sich an einer Kapitalerhöhung beteilige, bei Wirksamkeit dieser Regelung rechtfertige. Diese Regelung sei jedoch unwirksam, weil sie keine Begrenzung nach oben enthalte und damit Ausmaß und Umfang der möglichen zusätzlichen Belastung für den einzelnen Gesellschafter nicht erkennen lasse. Die angesichts dieser Unwirksamkeit bestehende Regelungslücke sei entweder durch die analoge Anwendung der Regelung in § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags oder durch Anwendung der dispositiven Regelung des § 707 BGB zu schließen. Beides führe dazu, dass der Beklagte infolge der verweigerten Zustimmung zu den mehrheitlich gefassten Beschlüssen vom 2. Dezember 2009 lediglich eine Verwässerung seines Gesellschaftsanteils hinnehmen müsse.
- 16 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsgerichtlichen Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Klägerin sanierungsbedürftig war. Revisionsrechtlich ist zugunsten der Klägerin deren Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit sowie ein dem Beklagten zuzumutendes Ausscheiden zu unterstellen. Dann war der Beklagte aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet, dem Beschluss über die Ausschließung der nicht sanierungswilligen Gesellschafter, mithin dem Beschluss über seine Ausschließung, zuzustimmen.
- 17 1. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Grundsätze über die aus Treuepflichtgesichtspunkten folgende Zustimmungspflicht nicht nur bei Publikumspersonengesellschaften in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft, sondern auch - wie im hier gegebenen Fall -

bei Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anwendung finden (BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff. zur Anwendung dieser Grundsätze auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/ Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 105; Oetker/Weitemeyer, HGB, 4. Aufl., § 109 Rn 22 mwN).

18           2. Ebenso frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats angenommen, dass zur Annahme der Sanierungsbedürftigkeit der Klägerin nicht erforderlich ist, dass sie im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits zahlungsunfähig war; vielmehr reicht eine in absehbarer Zeit konkret drohende Zahlungsunfähigkeit, wie sie hier von der Klägerin zum Ende des Jahres 2010 behauptet worden und zu ihren Gunsten revisionsrechtlich zu unterstellen ist, aus (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rn. 1, 24).

19           3. Da das Berufungsgericht insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist zugunsten der Klägerin weiter revisionsrechtlich zu unterstellen, dass sie sanierungsfähig war, d.h., dass im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Versuch, die Gesellschaft unter Aufbringung neuen Kapitals zu sanieren, verglichen mit den Folgen der ansonsten unvermeidlichen Zerschlagung wirtschaftlich sinnvoll war, und dass der Beklagte infolge seines Ausscheidens finanziell nicht schlechter gestellt ist als im Falle der Zerschlagung der Klägerin (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 25 ff. - Sanieren oder Ausscheiden).

20           4. Anders als das Berufungsgericht meint, war der Beklagte aus gesellschaftlicher Treuepflicht zur Zustimmung zu der von der Gesellschafterversammlung mit der erforderlichen Mehrheit von über 75 % beschlossenen Sanierungsregelung und der damit verbundenen Ausscheidensfolge verpflichtet und

muss sich daher so behandeln lassen, als hätte er ihr zugestimmt. Der Beklagte handelt treupflichtwidrig, wenn er zwar an den Sanierungsbemühungen der Klägerin nicht teilnehmen, aber in der Gesellschaft bleiben will.

21 a) Der Entzug der Gesellschafterstellung durch zwangsweises Ausscheiden ist nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich. Die Zustimmung kann dabei sowohl antizipiert durch eindeutige Regelung im Gesellschaftsvertrag erfolgen als auch durch Zustimmung zu einem Beschluss, durch den - nachträglich - eine Ausschlussregelung in den Gesellschaftsvertrag eingefügt wird (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 16 - Sanieren oder Ausscheiden; Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rn. 18). Beide Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Weder enthielt der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag eine Regelung über das Ausscheiden bei der Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung noch hat der Beklagte einer solchen Regelung nachträglich zugestimmt. Die Versäumung der Anfechtungsfrist durch den Beklagten ersetzt diese Zustimmung - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - nicht (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 16 mwN - Sanieren oder Ausscheiden).

22 b) Der Gesellschafter ist zwar im Allgemeinen nicht verpflichtet, einem auf sein Ausscheiden gerichteten Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzustimmen. Der Senat geht aber in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen für jeden einzelnen Gesellschafter aus der gesellschaftlicherlichen Treupflicht etwas Abweichendes ergeben kann. Eine Zustimmungspflicht kommt danach in Betracht, wenn sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander dringend erforderlich ist und die Änderung dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist. Die Verpflichtung eines einzelnen Gesellschafters, einer

notwendig gewordenen Änderung zuzustimmen, ist daher anzunehmen, wenn dem schützenswerte Belange des einzelnen Gesellschafters nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 23 - Sanieren oder Ausscheiden; Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rn. 20 jew. mwN; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 104 f.; Oetker/Weitemeyer, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 57; Olzen/Loschelder in Staudinger, BGB [2015], § 242 Rn. 1006; Sassenrath in Westermann/Wertenbruch, Handbuch der Personengesellschaften, Stand: 05/2015, § 26 Rn. 587b; grds. zustimmend auch Münch KommBGB/Schäfer, 6. Aufl., § 707 Rn. 11 jew. mwN; s. auch Grunewald, Festschrift G.H. Roth, 2011, S. 187 ff.; K. Schmidt, JZ 2010, 125 ff.; a.A. T. Schöne, ZIP 2015, 501 ff.; ders., GmbHR 2015, 337 ff.).

23

c) Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der gesellschaftlicher Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang; der einzelne Gesellschafter ist nur insoweit verpflichtet, wie er es im Gesellschaftsvertrag versprochen hat (BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rn. 21 mwN). Der Gesellschaftsvertrag muss jedoch für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine ausdrückliche Regelung enthalten. Diese Treuepflicht ist jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierende Regelungen enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen. Enthält ein Gesellschaftsvertrag solche die Zustimmungspflicht einschränkende oder modifizierende Regelungen, dürfen die Mitgesellschafter nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass sie einen Gesellschafter ohne seine Zustimmung ausschließen können. Erlaubt das eingegan-

gene Gesellschaftsverhältnis insoweit keine berechtigte Erwartungshaltung gegenüber einzelnen Gesellschaftern, besteht auch keine Treuepflicht, diese zu erfüllen.

24 Eine die Zustimmungspflicht des nicht sanierungswilligen Gesellschafters ausschließende Regelung hat der Senat im Wege der Auslegung den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages entnommen, der seiner Entscheidung vom 25. Januar 2011 (II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff.) zugrunde lag.

25 d) Im Gesellschaftsvertrag der Klägerin fehlt eine solche, der Zustimmungspflicht des Beklagten zu seinem Ausscheiden entgegenstehende Regelung. Dies kann der Senat feststellen, da die Auslegung des Gesellschaftsvertrags einer Publikumsgesellschaft objektiv zu erfolgen hat (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 17 mwN).

26 aa) Noch zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass einer berechtigten Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter auf eine Zustimmung der nicht zu Sanierungsbeiträgen bereiten Gesellschafter zum Beschluss vom 2. Dezember 2009 die Regelungen in § 4 Nr. 2, Nr. 5 AVB II nicht entgegenstehen. Die Regelungen in § 4 AVB II betreffen lediglich eine 10%ige Erhöhung des Eigenkapitals und deren Auswirkung auf die Beteiligungsquoten der beigetretenen Gesellschafter in der Bauerrichtungsphase, die sich nicht auf eine später erforderliche Kapitalerhöhung in einer Sanierungssituation übertragen lassen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 4 AVB II und ergibt sich zudem auch aus dem Vertragszusammenhang.

27 In § 4 Nr. 2 AVB II wird eine Verbindung hergestellt zwischen dem in der Investitionsphase aufgrund einer Planungsrechnung für erforderlich, aber auch ausreichend gehaltenen, von den Gesellschaftern aufzubringenden Eigenkapi-

tal und einem in dieser Phase notwendig werdenden Nachfinanzierungsbedarf, sollte sich die Planungsrechnung als fehlerhaft erweisen und deshalb ein höheres Eigenkapital erforderlich werden. Pflichten der Gesellschafter werden in § 4 AVB II nicht geregelt - weder die Pflicht zur Beitragszahlung, die sich in § 3 Nr. 1 AVB II findet, noch die Pflicht, sich an der Nachfinanzierung zu beteiligen. Vielmehr enthält § 4 AVB II eine bloße Beschreibung dessen, was im Falle einer erforderlichen Nachfinanzierung, im Falle eines Gesellschafterwechsels und infolge sukzessiver Gesellschafterbeitritte auf die Gesellschafter hinsichtlich ihrer nach der grundsätzlichen Regelung in § 4 Nr. 1 AVB II ermittelten Beteiligungsquote an Änderungen zukommen kann. Lediglich für die eventuell erforderliche Nachfinanzierung, also für eine Kapitalerhöhung in der Bauerrichtungsphase, wird dem schon beigetretenen Gesellschafter erläutert, dass er in diesem Fall mit einer Verwässerung seiner Beteiligungsquote um bis zu 10 % rechnen muss - z.B. wegen des Beitritts neuer Gesellschafter.

28           Demgegenüber befasst sich § 3 AVB II allgemein mit den Pflichten der Gesellschafter - einerseits zur Beitragsleistung, d.h. zur Aufbringung des Eigenkapitals, die, wie aus § 4 Nr. 1 und Nr. 2 Satz 1 und 2 AVB II folgt, in der Investitionsphase zu erfüllen ist, andererseits zur Leistung von Nachschüssen bei fehlender Liquidität - und trifft in § 3 Nr. 3 AVB II mit dem Ausschluss nichtzahlender Gesellschafter nach § 14 AVB II eine eigenständige Regelung zu den Folgen der Nichtzahlung der Beiträge und der Nachschüsse. Anders als im Fall der Senatsentscheidung vom 25. Januar 2011 (II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff.) wird in § 3 AVB II hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Nichtzahlung nicht auf § 4 Nr. 5 AVB II verwiesen und umgekehrt verweist § 4 AVB II für die Rechtsfolgen der nicht als Gesellschafterpflicht ausgestalteten Nachfinanzierung nicht auf die Rechtsfolgen des § 3 AVB II. Regelungen zu einer nach der Bauerrichtungsphase erforderlich werdenden Kapitalerhöhung finden sich weder in § 3 noch in § 4 AVB II.

- 29 Die Auslegung, dass § 4 AVB II lediglich eine allein eine begrenzte Kapitalerhöhung in der Bauerrichtungsphase betreffende Regelung enthält, ergibt sich über den Wortlaut hinaus auch aus dem Vertragszusammenhang. § 11 Nr. 2 AVB II befasst sich ausdrücklich mit der Aufbringung des Nominalkapitals in der Bauerrichtungsphase und durch den Bezug zu § 4 Nr. 4 AVB II mit den Folgen für die in dieser Phase sukzessive beitretenden Gesellschafter bzw. durch Bezug zu § 4 Nr. 3 AVB II für die für Ausgeschiedene aufgenommenen Neugesellschafter. § 5 Nr. 3 AVB III bestimmt, dass der Geschäftsbesorger im Rahmen der von ihm nach Fertigstellung des Bauvorhabens zu erstellenden Schlussabrechnung berechtigt sein soll, das Nominalkapital - wie in § 4 Nr. 2 AVB II geregelt - ohne besonderen Gesellschafterbeschluss durch Aufnahme neuer Gesellschafter zu erhöhen. Dadurch, dass den bereits Beigetretenen dort ein Vorzeichnungsrecht eingeräumt wird, wird erneut bestätigt, dass eine Pflicht zur Beteiligung an der 10%igen Kapitalerhöhung nicht besteht.
- 30 bb) Das Berufungsgericht hat im Ansatz weiter zutreffend erkannt, dass aufgrund der Regelung in § 3 Nr. 3 AVB II jeder Gesellschafter damit rechnen musste, im Falle der Weigerung, bei fehlender Liquidität Nachschüsse zu leisten, aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden, womit spiegelbildlich die, eine Treuepflicht des Beklagten rechtfertigende Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter begründet wurde, dass der Beklagte sich bei einer finanziellen Schiefelage der Gesellschaft einem finanziellen Beitrag entweder nicht verweigern oder ausscheiden würde.
- 31 Der Ansicht der Revisionserwiderung, aus dem Prospekt ergebe sich, dass die Satzung der Gesellschaft keine Ausscheidensregelung für die Zeit nach Fertigstellung des Bauvorhabens enthalte, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der Prospekt zur objektiven Auslegung des Gesellschaftsvertrags nur dann herangezogen werden kann, wenn er im Vertrag in Bezug ge-

nommen worden ist (BGH, Urteil vom 4. Juli 2005 - II ZR 354/03, ZIP 2005, 1455, 1456 mwN); eine solche Bezugnahme zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Im Übrigen trifft ihre Ansicht auch nicht zu. Im Prospekt wird auf Seite 4/5 eine Nachschusspflicht der Gesellschafter - auch - in der Zeit nach Fertigstellung des Bauvorhabens vorausgesetzt. Der Prospekt enthält auch keine abweichenden Angaben zu den Rechtsfolgen der Nichtzahlung des § 3 Nr. 3 AVB II, sondern es werden vielmehr die möglichen Folgen für die nachschussbereiten Gesellschafter aufgezeigt, die u.a. darin bestehen sollen, „den Anteil des säumigen Gesellschafters und dessen Nachschusspflicht“ zu übernehmen, was aber zwangsläufig mit einem Ausscheiden des nicht zahlenden Gesellschafters verbunden ist.

32 cc) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die gesellschaftlerliche Treuepflicht des Beklagten, seinem Ausscheiden zuzustimmen, nicht deshalb zu verneinen, weil die Regelung über die Verpflichtung zur Nachschusszahlung in § 3 Nr. 1 AVB II, gemessen an den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung (vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Mai 2009 - II ZR 259/07, ZIP 2009, 1373 Rn. 18 mwN), den Anforderungen an eine hinreichende Grundlage für die Einforderung von Nachschüssen nicht genügt, wenn ein Gesellschafter einem darauf gerichteten Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht zustimmt oder - hier - der Aufforderung des Geschäftsbesorgers nicht nachkommt. Darauf, dass ein auf dieser Grundlage mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Mehrheit gefasster Nachschussbeschluss zwar den zustimmenden Gesellschaftern gegenüber wirksam ist, die zustimmende Gesellschaftermehrheit aber nicht berechtigt, die nicht zustimmenden Gesellschafter wegen der Nichtzahlung auszuschließen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 17 ff. - Sanieren oder Ausscheiden), kommt es hier nicht an.

33

Der Umstand, dass die Nachschussregelung des Gesellschaftsvertrags aus dem Jahre 1995 nach der Rechtsprechung des Senats (grundlegend: BGH, Urteil vom 4. Juli 2005 - II ZR 342/03, ZIP 2005, 1455, 1456) - für alle Gesellschafter unerkannt - keine hinreichende Grundlage für die Einforderung von Nachschüssen ohne Zustimmung der Gesellschafter bietet, ist in diesem Zusammenhang entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedeutungslos. Zum einem geht es im vorliegenden Verfahren, in dem die Klägerin die Zahlung des Auseinandersetzungsfehlbetrags fordert, nicht um die Frage einer (wirksamen) Erhöhung der Beitragspflicht durch antizipierte Zustimmung im Gesellschaftsvertrag, sondern um die Folgen des Ausscheidens des Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 21 - Sanieren oder Ausscheiden). Zum anderen enthält der Gesellschaftsvertrag der Klägerin zwar auch keine den Anforderungen an eine antizipierte Zustimmung genügende Regelung zur Ausschließung eines nicht zahlungsbereiten Gesellschafters bei einer finanziellen Schieflage der Gesellschaft. Wenn aber, wie oben unter Rn. 23 ausgeführt, die Zustimmungspflicht auch ohne eine (ausdrückliche) Regelung im Gesellschaftsvertrag unter den in der Senatsrechtsprechung genannten Voraussetzungen schon aus der allgemeinen gesellschaftlicherlichen Treuepflicht folgt, dann ist es unschädlich, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar Regelungen zur Nachschusspflicht und zum Ausschluss bei Nichterfüllung der Nachschusspflicht enthält, diese den Anforderungen an eine antizipierte Zustimmung aber nicht genügen. Allein dadurch werden Umfang und Inhalt der sich aus der gesellschaftlicherlichen Treuepflicht ergebenden Verpflichtungen des einzelnen Gesellschafters in der Krisensituation der Gesellschaft nicht verändert. Jedenfalls kann ihnen keine die aus der gesellschaftlicherlichen Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht einschränkende Wirkung zukommen. Solange der Gesellschaftsvertrag, wie hier - anders als im Fall der Senatsentscheidung vom 25. Januar 2011 (II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff.) und auch nach Ansicht des

Berufungsgerichts - keine die Erwartungshaltung der sanierungswilligen Gesellschafter einschränkende Regelung bezüglich der Zustimmung der nicht sanierungswilligen Gesellschafter zu ihrem Ausscheiden enthält, bleibt es vielmehr bei dem Grundsatz, dass die gesellschaftliche Treuepflicht in jedem Gesellschaftsverhältnis auch ohne entsprechende Regelung ergeben kann, dass die Gesellschafter in besonders gelagerten Ausnahmefällen verpflichtet sind, einem ihre Gesellschafterstellung aufhebenden Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzustimmen.

34            dd) Gegen die Treuepflicht des Beklagten zur Zustimmung zu seinem Ausscheiden spricht entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch nicht der Umstand, dass dann, wenn der Gesellschafter - wie hier in § 4 Nr. 5 AVB II geregelt - schon in der Situation des möglichen Scheiterns des Vorhabens in der Investitionsphase nicht mit einem Ausschluss im Falle der Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung habe rechnen müssen, dies erst recht nicht für die weniger risikoreiche Bewirtschaftungsphase nach Abschluss des Bauvorhabens gelten könne. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen sind hier in den Regelungen des Gesellschaftsvertrages selbst angelegt und daher von allen Gesellschaftern mit ihrer Beitrittsentscheidung in Kauf genommen worden.

35            III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da sie nicht entscheidungsreif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO), damit es die bislang unterbliebenen Feststellungen zur Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit

der Klägerin, zur Zumutbarkeit des Ausscheidens für den Beklagten sowie gegebenenfalls zur Höhe des Auseinandersetzungsfehlbetrags nachholen kann.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Memmingen, Entscheidung vom 20.12.2012 - 34 O 1324/12 -

OLG München I, Entscheidung vom 12.12.2013 - 24 U 348/13 -