



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 73/11

Verkündet am:  
12. März 2013  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

HGB § 169 Abs. 1

- a) Wird an einen Kommanditisten auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eine Auszahlung geleistet, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird, ist der Kommanditist nur dann zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.
- b) Allein der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft, dass eine solche Ausschüttung „auf Darlehenskonto gebucht wird“ und bei einem Verzicht des Gesellschafters auf diese Entnahmen „die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit“ entfällt, lässt sich nicht mit der aus der Sicht eines beitretenden Gesellschafters erforderlichen Klarheit entnehmen, dass die Ausschüttung unter dem Vorbehalt der Rückforderung steht.

BGH, Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 73/11 - OLG Hamm

LG Dortmund

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 9. März 2011 aufgehoben und das Urteil der IV. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund vom 22. Juli 2010 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Ehemann der Beklagten beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 8. August 1994 mit einer Einlage in Höhe von 400.000 DM als Kommanditist an der Klägerin, einer Fondsgesellschaft, deren Gegenstand der Erwerb und der Be-

trieb des Containerschiffes MS C. war. Der Gesellschaftsvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 4 Gesellschafter, Gesellschaftskapital, Einlagen

(...)

5. Eine Nachschusspflicht der Kommanditisten besteht nicht, auch nicht als Ausgleichspflicht der Gesellschafter untereinander, soweit sich nicht aus den nicht abdingbaren §§ 171 f HGB etwas anderes ergibt.

(...)

7. Kapitalkonten für die Einlage sind Festkonten. Hiernach bemisst sich das Stimmrecht, das Verhältnis der Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie am Auseinandersetzungsguthaben. (...)

(...)

9. Die persönlich haftende Gesellschafterin ist berechtigt, ein partiarisches Darlehen bis zu einem Gesamtbetrag von DM 1.000.000,- aufzunehmen. Der mit dem Darlehensgeber bestehende Vertrag lautet wie folgt:

(...)

- b) Die Darlehenseinlage ist mit 7,5 % p.a. zu verzinsen. Im Übrigen nimmt das partiarische Darlehen am Ergebnis der Gesellschaft nicht teil, soweit sich nicht aus c) etwas anderes ergibt. Die Auszahlung der Zinsen wird zinslos gestundet, sofern die Liquiditätsslage der Gesellschaft unter Berücksichtigung einer Ausschüttung von 7 % auf das Kommanditkapital ab 1995 eine Auszahlung nicht zulässt.
- c) Die Darlehenseinlage und etwaige aufgelaufene Zinsen sind erst rückzahlbar und kündbar bei Veräußerung des der Gesellschaft gehörenden Seeschiffes. Sie gelten als erlassen, sofern und soweit der Veräußerungserlös zur Rückzahlung des partiarischen Darlehens sowie der gestundeten Zinsen nicht ausreicht. (...)

Nach Abzug der etwaigen noch bestehenden Verbindlichkeiten und der Veräußerungskosten werden aus dem Veräußerungserlös zunächst gestundete Darlehenszinsen auf das partiarische Darlehen und nicht gezahlte Ausschüttungen auf das KG-Kapital bis zur Höhe von durchschnittlich 7% ab 1995 im gleichen Verhältnis zueinander, sodann das partiarische Darlehen, sodann das nominelle Kommanditkapital gezahlt. Ein sodann noch verbleibender Überschuß wird im Verhältnis des nominellen KG-Kapitals zum partiarischen Darlehen aufgeteilt und verteilt.

(...)

§ 8 Gesellschafterbeschlüsse

(...)

4. Kein Kommanditist kann durch Gesellschafterbeschlüsse gegen seinen Willen verpflichtet werden, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschließen, unbeschadet der nicht abdingbaren gesetzlichen Haftungsregelung.

(...)

§ 11 Gewinn- und Verlustrechnung

1. Der im Jahresabschluss ausgewiesene Gewinn oder Verlust eines Geschäftsjahres ist den Kommanditisten entsprechend dem Verhältnis der nominellen Kommanditanteile und unbeschadet der Regelung in § 4 Ziff. 9 c) zueinander voll zuzuweisen. (...)

(...)

3. Unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust schüttet die Gesellschaft für den Fall, dass die Liquiditätslage es zulässt, ab 1995 einen Betrag in Höhe von voraussichtlich

7% in den Jahren 1995 - 2000

7,5% 2001

8% 2002

9% 2003

10% 2004, 2005

des Kommanditkapitals p.a. an die Gesellschafter aus, der auf Darlehenskonto gebucht wird. Sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf diese Entnahmen verzichtet, entfällt für ihn insoweit die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit.

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

2

Der Ehemann der Beklagten übertrug dieser mit Zustimmung der Klägerin seinen Kommanditanteil zum 1. Januar 2006. Auf den Kommanditanteil wurden seit 1995 Ausschüttungen nach § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags in Höhe von

61.355,03 € gezahlt. Die Jahresabschlüsse der Klägerin wiesen diese Ausschüttungen auf der Passivseite der Bilanz in der Position „Entnahmen“ und auf der Aktivseite in der Position „Nicht durch Vermögenseinlagen gedeckte Verlustanteile und Entnahmen der Kommanditisten“ in einer Gesamtsumme aus. Nachdem sich die Liquiditätslage der Klägerin im Zuge der Wirtschaftskrise am Ende des Jahres 2008 verschlechtert hatte, beschloss die Gesellschafterversammlung am 25. Juni 2009 ein Restrukturierungskonzept, das auch die Anweisung an die Geschäftsführung zum Inhalt hatte, Ausschüttungen an Kommanditisten in Höhe von 2.687.142,46 € zurückzufordern. Die Beklagte wurde daraufhin erfolglos zur Rückzahlung der an sie bzw. ihren Ehemann gewährten Ausschüttungen aufgefordert. Die MS C. wurde in der Folgezeit veräußert.

3 Das Landgericht hat der auf Rückzahlung der Ausschüttungen gerichteten Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren auf Klageabweisung gerichteten Antrag weiterverfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Abweisung der Klage.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

6 Die Beklagte sei verpflichtet, die als Ausschüttungen erhaltenen Zahlungen an die Klägerin zurückzuzahlen. Der Gesellschaftsvertrag sehe in § 11 Ziff. 3 in Abweichung von § 169 Abs. 1 HGB gewinnunabhängige Ausschüttungen an Kommanditisten vor. Diese Ausschüttungen unterlägen der Rückforderung, weil sich den gesellschaftsvertraglichen Regelungen ein Rückforderungsanspruch ent-

nehmen lasse. Aus § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags ergebe sich, dass die gewinnunabhängigen Ausschüttungen den Gesellschaftern im Verhältnis zur Klägerin nicht „unentziehbar“ hätten verbleiben sollen. Das werde aus dem Nachsatz „der auf Darlehenskonto gebucht wird“ sowie durch § 11 Ziff. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags hinreichend deutlich. Die Formulierung „Bildung der Darlehensverbindlichkeit“ beziehe sich eindeutig („insoweit“) auf die zuvor erwähnte Buchung „auf Darlehenskonto“ und betreffe damit (nur) das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft. Die Regelungen des Gesellschaftsvertrags außerhalb des § 11 böten keinen Anlass für die Annahme, gewinnunabhängig ausgeschüttete Beträge dürften von der Gesellschaft nicht zurückgefordert werden.

7           II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen ergibt.

8           1. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass ein Rückzahlungsanspruch nicht schon dann entsteht, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage von § 11 Ziff. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags von § 169 Abs. 1 HGB nicht gedeckte Auszahlungen zu Lasten seines Kapitalanteils geleistet werden. Der Gesellschafter schuldet vielmehr die Rückzahlung nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.

9           a) Nach § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB hat der Kommanditist nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns. Er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert würde. Es ist aber allgemein anerkannt, dass auch über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus Ausschüttun-

gen an die Kommanditisten zulässig sind, wenn der Gesellschaftsvertrag dies wie hier in § 11 Ziff. 3 vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urteil vom 7. November 1977 - II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447; Urteil vom 5. April 1979 - II ZR 98/76, WM 1979, 803, 804; Gummert in Henssler/Strohn, GesR, § 169 HGB Rn. 14; von Gerkan/Haas in Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 169 Rn. 20; MünchKommHGB/Grünwald, 3. Aufl., § 169 Rn. 9; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 169 Rn. 7; Oetker in Oetker, HGB, 2. Aufl., § 169 Rn. 15; Gehling, BB 2011, 73, 75 f.; Wagner, DStR 2008, 563, 564). Solche Ausschüttungen können in der Weise vereinbart werden, dass sie auch insoweit zu gewähren und zu belassen sind, als sie nicht durch Gewinne gedeckt sind, also letztlich in Form einer festen Kapitalverzinsung oder garantierten Mindestantieme zu Lasten des Kapitals gehen (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1977 - II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447).

- 10            b) Wird eine Auszahlung an den Kommanditisten entgegen § 169 Abs. 1 HGB auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag geleistet, führt dies selbst dann nicht zu einer Rückzahlungspflicht, wenn die Auszahlung dessen Kapitalanteil unter die bedungene Einlage herabmindert oder eine bereits bestehende Belastung vertieft. Solche Zahlungen können zwar zu einer Haftung nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis und nicht dessen Verhältnis zur Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1977 - II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 110/77, WM 1978, 1228, 1229 f.; Urteil vom 20. Juni 2005 - II ZR 252/03, ZIP 2005, 1552, 1553; von Gerkan/Haas in Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 172 Rn. 18; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 172 Rn. 62).

- 11 Der Kommanditist ist im Innenverhältnis zur Kommanditgesellschaft verpflichtet, die vereinbarte Einlage zu erbringen. Im Außenverhältnis haftet er den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar (§ 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB). Erbringt der Kommanditist seine Einlage, erlischt im Innenverhältnis seine Einlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft. Seine Haftung im Außenverhältnis entfällt gem. § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB, wenn er einen der eingetragenen Haftsumme entsprechenden Wert in das Gesellschaftsvermögen geleistet und ihn auch dort belassen hat. Wird dem Kommanditisten die Einlage ganz oder teilweise zurückbezahlt, gilt sie gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber insoweit als nicht geleistet, d.h. die Außenhaftung entsteht wieder. Dasselbe gilt nach § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB. Die in § 172 Abs. 4 HGB beschriebene Wirkung tritt aber nur gegenüber den Gläubigern ein, d.h. das Innenverhältnis zur Gesellschaft ist davon nicht berührt. Ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft entsteht bei einer Rückzahlung der Einlage somit nicht automatisch, sondern kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer entsprechenden vertraglichen Abrede (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 2005 - II ZR 252/03, ZIP 2005, 1552, 1553; Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 172 Rn. 19).
- 12 Es gibt bei der Kommanditgesellschaft keinen im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz. Die Gesellschafter können ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis insoweit untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten. Das schließt die Entscheidung darüber ein, ob und wie erbrachte Einlagen zurückgewährt werden. Auch die Auslegungsregel in § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 706 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach der beizutragende vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel in das Eigentum der Gesellschaft zu übertragen sind (vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, § 706 Rn. 9; Servatius in Henssler/Strohn, GesR, § 706 BGB Rn. 4), rechtfertigt nicht die Annahme, dass im Ge-



sellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehene Kapitalrückzahlungen der Gesellschaft im Zweifel wieder zuzuführen sind (aA OLG Köln, Urteil vom 11. August 2003 - 18 U 13/03, juris Rn. 25; Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 169 Rn. 23).

13           2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auslegung des Gesellschaftsvertrags durch das Berufungsgericht. Sie gewichtet zum einen für die Auslegung wesentliche Umstände fehlerhaft und berücksichtigt zum anderen nicht sämtliche relevanten Umstände. Dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin lässt sich ein Vorbehalt der Rückforderung der auf der Grundlage von § 11 Ziff. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags an die Kommanditisten gezahlten Beträge nicht entnehmen. Diese Feststellung kann der Senat selbst treffen, weil Gesellschaftsverträge von Publikumsgeellschaften nach ihrem objektiven Erklärungsbefund auszulegen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 153/09, ZIP 2011, 1906 Rn. 11; Urteil vom 16. Oktober 2012 - II ZR 251/10, ZIP 2013, 68 Rn. 13).

14           a) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegen die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unabhängig davon, ob die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. § 310 Abs. 4 BGB n.F. eingreift, einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (BGH, Urteil vom 27. November 2000 - II ZR 218/00, ZIP 2001, 243, 244; Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2097 f.; Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 50; Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 75/10, ZIP 2012, 1342 Rn. 32). Hieraus folgt in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB, dass Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen (BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2097 f.). Für den einer Publikumspersonengesellschaft beitretenen Gesellschafter müssen

sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag daher klar ergeben.

- 15            b) Hieran gemessen enthält der Gesellschaftsvertrag der Klägerin keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Kommanditisten Auszahlungen gem. § 11 Ziff. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags unter dem Vorbehalt einer Rückforderung erhalten haben.
- 16            aa) Das Berufungsgericht hat seine gegenteilige Annahme maßgeblich aus dem Wortlaut von § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags abgeleitet, nach dessen Satz 1 die Ausschüttung „auf Darlehenskonto gebucht“ wird und nach dessen Satz 2 „die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit“ unterbleibt, sofern ein Gesellschafter auf diese Entnahme verzichtet. Hierbei geht das Berufungsgericht davon aus, dass es sich um eine Verbindlichkeit des jeweiligen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft handelt, ohne dass sich hierfür im Gesellschaftsvertrag hinreichende Anhaltspunkte finden lassen.
- 17            (1) Die in § 11 Ziff. 3 und 4 des Gesellschaftsvertrags verwendeten Begriffe „Ausschüttung“ und „Entnahme“ weisen nicht auf einen Vorbehalt der Rückforderung hin. Der Begriff der „Ausschüttung“ wird im Handelsgesetzbuch im Zusammenhang mit der Auszahlung von Gewinnen verwandt (z.B. § 268 Abs. 8 HGB). Diesbezüglich regelt § 169 Abs. 2 HGB, dass der Kommanditist nicht verpflichtet ist, bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Nach § 11 Ziff. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags sind die Ausschüttungen hier allerdings unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust zu gewähren. Daraus kann aber nicht auf eine Verpflichtung zur Rückzahlung geschlossen werden. Vielmehr sprechen die Regelungen des Gesellschaftsvertrags zur Ergebnisverteilung in § 11 Ziff. 1 und zur Zahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen nach § 11 Ziff. 3 gegen die Annahme, dass die Ausschüttungen

etwa nur Vorauszahlungen auf künftige Gewinne darstellen und gegebenenfalls erstattet werden sollen. Auch eine Verrechnung der nach § 11 Ziff. 3 gezahlten Ausschüttungen mit späteren Gewinnen ist im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen. Der Gesellschaftsvertrag macht die Ausschüttungen nach § 11 Ziff. 3 nicht von einem zumindest erwarteten und später endgültig festzustellenden Gewinn abhängig. Aus der Verwendung des Begriffs der „Entnahme“ lässt sich gleichfalls kein Anhaltspunkt für ein Rückforderungsrecht entnehmen. Dieser findet in der Überschrift zu der Vorschrift des § 122 HGB Verwendung, die in Absatz 1 Halbsatz 1 gerade regelt, dass der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft unter den dort genannten Voraussetzungen berechtigt ist, Geldbeträge aus dem Gesellschaftsvermögen zu seinen Lasten zu erheben, oder Auszahlungen in bestimmter Höhe zu verlangen, ohne diese (gesetzlich zulässigen) Entnahmen der Gesellschaft später erstatten zu müssen (vgl. Ehrlicke in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 122 Rn. 4).

- 18           (2) Aus der Verwendung des Begriffs „Darlehenskonto“ in § 11 Ziff. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gleichfalls nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass auf diesem Konto Darlehensverbindlichkeiten i.S.d. § 488 BGB gebucht werden. Entsprechend legt auch die Verwendung des Begriffs der „Darlehensverbindlichkeit“ in § 11 Ziff. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags ein solches Verständnis nicht zwingend nahe. Im Übrigen ließe auch die Annahme einer „Darlehensverbindlichkeit“ im schuldrechtlichen Sinne nicht den Schluss zu, dass es sich jedenfalls um eine Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter handelt. Der vom Berufungsgericht allein am Wortlaut orientierte Schluss ist fehlerhaft, weil er denkbare weitere Auslegungsmöglichkeiten außer Acht lässt.

- 19            Das Gesetz enthält keine Regelungen darüber, ob und gegebenenfalls welche Konten für die Gesellschafter geführt und wie diese bezeichnet werden. Die Gesellschafter können vielmehr frei darüber bestimmen, in welcher Weise sie ihre Kapitalanteile sowie die wechselseitigen Verbindlichkeiten und Forderungen auf Konten verbuchen (v. Falkenhausen/Schneider in MünchHdbGesR, Bd. 2, 3. Aufl., § 22 Rn. 34 f.). Die zivilrechtliche Bedeutung der Konten richtet sich dabei nicht nach ihrer Bezeichnung. Führt eine Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten mehrere Konten mit verschiedenen Bezeichnungen, ist zunächst anhand des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln, welche zivilrechtliche Rechtsnatur diese Konten haben (vgl. BFH, Urteil vom 15. Mai 2008 - IV R 46/05, BFHE 221, 162 Rn. 42 mwN); die vereinbarte Art der Führung und der Bezeichnung der Konten ist dabei lediglich als ein Gesichtspunkt in die alle relevanten Umstände berücksichtigende Auslegung einzubeziehen.
- 20            Eine eindeutige Bestimmung lässt sich insoweit dem Gesellschaftsvertrag im vorliegenden Fall nicht entnehmen. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine abschließende Regelung darüber, welche Konten im Einzelnen geführt werden und welche Buchungen für die jeweiligen Konten vorgesehen sind. Das in § 11 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags genannte Darlehenskonto wird an anderer Stelle nicht mehr erwähnt. In § 4 Ziff. 7 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags ist bestimmt, dass die Kapitalkonten für die Einlage Festkonten sind. Bei der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Kontenführung in Personenhandelsgesellschaften wird neben einem festen Kapitalkonto, auf dem die vereinbarte Einlage verbucht wird, regelmäßig ein weiteres, variables Konto (gewöhnlich als Kapitalkonto II bezeichnet) geführt, auf dem Gewinnanteile, Verluste und Entnahmen gebucht werden. Da bei dieser Form des Kapitalkontos II stehen gelassene Gewinne mit späteren Verlusten verrechnet werden, wird insbesondere im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Verlustverteilung beim Kommanditisten (§ 167 Abs. 2 und 3 HGB) häufig

ein weiteres, als Darlehenskonto bezeichnetes variables Konto geführt, auf dem entnahmefähige Gewinne, sonstige Einlagen und Entnahmen gebucht werden; dieses Darlehenskonto stellt ein Forderungskonto dar, das, wenn es nicht überzogen wird, eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ausweist (vgl. BFH, Urteil vom 16. Oktober 2008 - IV R 98/06, BFHE 223, 149 Rn. 40 ff. mwN). Das Kapitalkonto II erfasst dann nur noch die nicht entnahmefähigen Gewinne sowie die Verluste.

- 21 Über die Buchung der Ausschüttungen auf dem Darlehenskonto sowie über die Führung sonstiger variabler Konten neben den festen Kapitalkonten für die Einlage (§ 4 Ziff. 7) enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen. Dass die Ausschüttungen nach § 11 Ziff. 3 Satz 1 „auf Darlehenskonto gebucht“ werden, besagt nichts darüber, ob sie ähnlich wie entnahmefähige Gewinne als dem Kommanditisten endgültig verbleibende oder als nur vorläufige Zuweisungen aus dem Gesellschaftsvermögen wie etwa Vorschüsse auf künftige Gewinngutschriften gebucht werden sollen. Eine Ausschüttung, die dem Kommanditisten unentziehbar verbleiben soll, ist, wenn es sich um ein Darlehenskonto handeln sollte, das entnahmefähige Zuweisungen an den Kommanditisten und dessen Entnahmen ausweist, so zu buchen, dass dieses Konto nach der Buchung der (gemäß § 11 Ziff. 3 bei entsprechender Liquiditätslage beschlossenen) Ausschüttung im Haben eine entsprechende Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft ausweist, die erlischt, wenn der ausgeschüttete Betrag an den Kommanditisten gezahlt und diese Zahlung als Entnahme im Soll gebucht wird. Eine Verbindlichkeit zugunsten der Gesellschaft wird insoweit nicht gebildet. Vielmehr weist die Buchung der Ausschüttung im Haben des Darlehenskontos gerade eine Verbindlichkeit des Kommanditisten gegen die Gesellschaft aus.

22

Dass die Buchung im vorliegenden Fall dagegen in der Weise zu erfolgen hat, dass das Darlehenskonto letztlich ein Debet und einen dementsprechenden Anspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten ausweist, lässt sich auch nicht aus dem Zusammenhang von Satz 1 und Satz 2 des § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags mit der erforderlichen Klarheit entnehmen. Das wäre nur der Fall, wenn die Regelung in Satz 2, dass für den Gesellschafter, der im Hinblick auf das Wiederaufleben der (Außen)Haftung auf die Entnahme verzichtet, die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit entfällt, mit dem Berufungsgericht dahin verstanden werden müsste, dass mit Darlehensverbindlichkeit hier nur die Bildung einer Verbindlichkeit zugunsten der Gesellschaft gemeint sein kann. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die Regelung in § 11 Ziff. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags kann vielmehr auch dahin verstanden werden, dass hier die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit zugunsten des Gesellschafters angesprochen ist. § 11 Ziff. 3 Satz 2 Halbs. 1 ermöglicht es dem Gesellschafter für den Fall, dass ihm eine Ausschüttung nach Satz 1 zusteht, im Hinblick auf das (mögliche) Wiederaufleben der Außenhaftung „auf diese Entnahme“ zu verzichten. Ein solcher Verzicht auf die Entnahme könnte als ein bloßes Stehenlassen des dem Gesellschafter nach Satz 1 zustehenden Ausschüttungsbetrags auf dem Darlehenskonto verstanden werden mit der Folge, dass das Darlehenskonto ein entsprechendes Haben zugunsten des Gesellschafters und demgemäß eine entsprechende Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters ausweisen würde. Auch im Hinblick auf die vom Gesellschafter beabsichtigte Folge seines Verzichts, die Außenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB nicht wieder aufleben zu lassen (zur Anwendbarkeit des § 172 Abs. 4 HGB bei der Umwandlung von Haftkapital in eine Darlehensforderung vgl. Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 172 Rn. 24 mwN einerseits und MünchKommHGB/K. Schmidt, §§ 171, 172 Rn. 72 mwN andererseits), stellt § 11 Ziff. 3 Satz 2 Halbs. 2 bei diesem Verständ-

nis dann klar, dass für den Gesellschafter insoweit die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit entfällt.

23           bb) Bei der Auslegung ist weiter zu berücksichtigen, dass es naheliegend gewesen wäre, im Gesellschaftsvertrag die Voraussetzungen zu regeln, unter denen der Gesellschafter zur Rückzahlung der Ausschüttungen an die Gesellschaft verpflichtet sein sollte, wenn die Auszahlungen unter dem Vorbehalt einer Rückforderung hätten stehen sollen. Das Recht der Personenhandelsgesellschaften gewährt keinen gesetzlichen Anspruch auf Rückzahlung von (vertraglich eingeräumten) Ausschüttungen, auf den mangels vertraglicher Regelungen zurückgegriffen werden könnte. Ein Rückgriff auf gesetzliche Regelungen des bürgerlich-rechtlichen Darlehensrechts (§ 488 Abs. 3 BGB bzw. § 609 BGB a.F.) würde dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Gesellschafter nicht gerecht. Es wäre widersprüchlich, wenn die Gesellschafter, wie dies § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags vorsieht, regelmäßig aus Liquiditätsüberschüssen Zahlungen von der Gesellschaft erhalten sollen, ihnen diese - möglicherweise über erhebliche Zeiträume hinweg geleisteten - Zahlungen aber ohne besonderen Grund binnen einer Frist von drei Monaten wieder entzogen werden könnten.

24           cc) Hinzu kommt, dass weitere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags gegen die Auslegung des Berufungsgerichts sprechen. § 4 Ziff. 9 Buchst. c regelt für den Fall der Veräußerung des Schiffs die Rückzahlbarkeit eines partiarischen Darlehens, das die persönlich haftende Gesellschafterin in Höhe von 1.000.000 DM aufzunehmen berechtigt sein sollte, sowie die Zahlung gestundeter Zinsen auf dieses Darlehen. Darüber hinaus wird das Rangverhältnis zwischen den Verbindlichkeiten aus dem partiarischen Darlehensvertrag, nicht gezahlten Ausschüttungen auf das Kommanditkapital und der Rückzahlung des nominellen Kommanditkapitals selbst im Falle der Veräußerung des Schiffs festgelegt.

- 25            Dabei unterscheidet der Gesellschaftsvertrag zwischen der Zahlung gestundeter Darlehenszinsen auf das partiarische Darlehen und nicht gezahlter Ausschüttungen auf das Kommanditkapital einerseits und Rückzahlungen auf das partiarische Darlehen und auf die nominellen Kapitalanteile andererseits. Erstere haben untereinander ranggleich, jedoch vorrangig vor etwaigen Rückzahlungen auf das Darlehen und auf die nominellen Kapitalanteile zu erfolgen. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass für den Fall fehlender Liquidität nicht nur die Ausschüttungen auf das Kommanditkapital gem. § 11 Ziff. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags zu unterbleiben hatten, sondern auch die Zinsen auf das partiarische Darlehen zinslos gestundet sein sollten (§ 4 Ziff. 9 Buchst. b Satz 3 des Gesellschaftsvertrags). Die erfolgten Ausschüttungen nach § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags werden in der Verteilungsregelung nach § 4 Ziff. 9 Buchst. c nicht angesprochen.
- 26            Sieht der Gesellschaftsvertrag danach aber vor, nicht gezahlte Ausschüttungen vorrangig vor Rückzahlungen auf die Kapitalanteile und ranggleich mit den gestundeten Zinsen auf das partiarische Darlehen nachzuholen, erschließt sich, dass jedenfalls in der Liquidation bereits erfolgte Ausschüttungen nicht zum Ausgleich etwaiger Belastungen des Kapitalkontos herangezogen werden sollen. Im Gegenteil lässt sich das in der Bestimmung des § 4 Ziff. 9 Buchst. c vorgesehene Rangverhältnis zwischen den nicht gezahlten Ausschüttungen und den gestundeten Darlehenszinsen nur wahren, wenn den Kommanditisten die aus Liquiditätsüberschüssen gewährten gewinnunabhängigen Ausschüttungen - ebenso wie dem Darlehensgeber gezahlte Darlehenszinsen - endgültig verbleiben. Sollten den Kommanditisten die (gewinnunabhängigen) Ausschüttungen danach in der Liquidation der Gesellschaft verbleiben, ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass auch in der Phase des Betriebs des Schiffs eine Rückforderung dieser Ausschüttungen nicht gewollt war.



27 III. Der Senat hat gem. § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Ist - wie aufgezeigt - die Beklagte nach dem Gesellschaftsvertrag nicht zur Wiederauffüllung ihres Kapitalanteils verpflichtet, ist der Gesellschafterbeschluss vom 25. Juni 2009 keine taugliche Grundlage für das Rückzahlungsverlangen der Klägerin. Dieser verstößt zum einen gegen § 8 Ziff. 4 des Gesellschaftsvertrags, nach der die Beklagte als Kommanditistin nicht gegen ihren Willen durch Gesellschafterbeschluss verpflichtet werden kann, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen. Eine Regelung, nach der die Gesellschafterversammlung beschließen kann, dass die nach § 11 Ziff. 3 gewährten Ausschüttungen zurückzuzahlen sind, enthält der Gesellschaftsvertrag nicht. Unabhängig davon ist der Gesellschafterbeschluss einer Personengesellschaft, durch den eine Nachschussverpflichtung begründet wird, die im Gesellschaftsvertrag keine Grundlage hat, jedenfalls gegenüber dem Gesellschafter grundsätzlich unwirksam, der dem Beschluss nicht zugestimmt hat (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2007 - II ZR 282/05, ZIP 2007, 766 Rn. 11, 15; Beschluss vom 26. März 2007 - II ZR 22/06, ZIP 2007, 1368 Rn. 10).

28 Die Beklagte kann die Unwirksamkeit des Beschlusses der auf Zahlung gestützten Klage der Klägerin auch dann als Einwendung entgegenhalten, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag Beschlussmängelstreitigkeiten binnen einer bestimmten Frist eingeleitet werden müssen und diese Frist abgelaufen ist. Denn durch eine verfahrensrechtliche Regelung im Gesellschaftsvertrag darf das mitgliedschaftliche Grundrecht eines Gesellschafters, nicht ohne seine Zustimmung mit weiteren Beitragspflichten beschwert zu werden, nicht ausgehebelt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 26. März 2007 - II ZR 22/06, ZIP 2007, 1368 Rn. 10; Urteil vom 9. Februar 2009 - II ZR 231/07, ZIP 2009, 864 Rn. 16). Beschlüsse, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedürfen, unterfallen nicht den Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen im Sinne des Kapital-

gesellschaftsrechts, sondern die fehlende Zustimmung stellt eine „dritte Kategorie“ von Mängeln des Beschlusses dar, die im Wege der allgemeinen, nicht fristgebundenen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO oder durch Einwendung im Prozess geltend gemacht werden kann (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, ZIP 2009, 2289 Rn. 12 mwN). Dass die Beklagte der Erweiterung der Beitragspflicht zugestimmt hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Klägerin behauptet das auch nicht.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Dortmund, Entscheidung vom 22.07.2010 - 18 O 162/09 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 09.03.2011 - I-8 U 132/10 -