



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 227/15

Verkündet am:

14. März 2017

Stoll

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2017 durch den Richter Prof. Dr. Drescher als Vorsitzenden, die Richter Wöstmann, Sunder und Dr. Bernau sowie die Richterin Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 20. Juli 2015 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 5. Juni 2003 als atypischer stiller Gesellschafter an der A. AG & Co. KG, deren Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist. Hierzu wählte er das Beteiligungsprogramm "Classic" mit einer Einmaleinlage in Höhe von 5.000 € zuzüglich Agio sowie zusätzlich das Beteiligungsprogramm "Plus" in Höhe von 5.000 € zuzüglich Agio, bei dem die Einzahlungen durch Wiederanlage der Auszahlungen auf das Beteiligungsprogramm "Classic" bis zur Höhe von maximal 100 % der Einmal-

einlage erfolgen sollten ("Classic Plus"). Die - im Zeichnungsschein entsprechend angegebene - Gesamtzeichnungssumme betrug 10.000 €. Der Einmal-einlagebetrag von 5.000 € und die beiden Agio-Beträge wurden von dem Beklagten in vollem Umfang eingezahlt.

2 Der atypisch stille Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) enthält u.a. folgende Regelungen:

"§ 3 Einlagen, Abschlussgebühr (Agio), Abtretung der Einlagenforderung

1. Die Gesellschafter leisten die in der Beitrittserklärung vereinbarten Einlagen (Einmaleinlage, Wiederanlage der Auszahlungen [max. 100 % der Einmaleinlage], Rateneinlage). ...
2. ... Einmalanleger, die in der Beitrittserklärung die Wiederanlage ihrer Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) vereinbart haben, leisten eine jährliche Einlage in Höhe ihrer Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) gemäß § 11 dieses Vertrages. Die Wiederanlage der Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) begründet eine eigenständige bedingte Rateeinlage, die, abhängig von der Höhe der tatsächlichen Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) gemäß § 11 dieses Vertrags, auf max. 100 % der Einmaleinlage begrenzt ist.

... .

§ 4 Gesellschaftskapital, Konten des atypisch stillen Gesellschafters

...

2. Für jeden Gesellschafter wird bei dem Geschäftsinhaber für jede Einlage ein gesondertes Kapitalkonto geführt, das sich aus folgenden Unterkonten zusammensetzt:
 - dem Einlagekonto
 - dem Gewinn- und Verlustkonto
 - sowie
 - dem Privatkonto.

Das Einlagekonto, das Gewinn- und Verlustkonto sowie das Privatkonto sind jeweils zum 31. Dezember jeden Jahres miteinander zu verrechnen und ergeben zusammen das Kapitalkonto des Gesellschafters. ...

3. Auf dem Einlagekonto werden die Einlagen des einzelnen Gesellschafters verbucht. Dieses Konto ist maßgeblich für die Gewinn- und Verlustbeteiligung des einzelnen Gesellschafters.
4. Auf dem Gewinn- und Verlustkonto werden die dem einzelnen Gesellschafter zugewiesenen Gewinn- und Verlustanteile gebucht.
5. Auf dem Privatkonto werden die Agioforderungen und Agiozahlungen sowie die Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) gemäß § 11 dieses Vertrags gebucht.

§ 6 Gesellschaftsbeschlüsse

...

3. Ist Gegenstand der Beschlussfassung

...

- g) die Auflösung der Gesellschaft

... so bedarf der Gesellschafterbeschluss einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen. ...

§ 9 Beteiligung am Vermögen (Auseinandersetzungswert)

1. Die Gesellschafter erhalten im Falle ihres Ausscheidens oder bei Liquidation des Unternehmens des Geschäftsinhabers entsprechend dem Verhältnis ihrer erbrachten Einlagen zum Gesamtbetrag der Einlagen aller Gesellschafter und dem zu diesem Zeitpunkt voll eingezahlten Grundkapital des Geschäftsinhabers einen Anteil an dem seit ihrem Beitritt zu dem Unternehmen des Geschäftsinhabers gebildeten Vermögen einschließlich der stillen Reserven der bilanzierten Wirtschaftsgüter (unter Berücksichtigung eines etwaigen Geschäftswerts). Die Einzelheiten ergeben sich aus den Regelungen in § 16 dieses Vertrages.
2. Weisen die gemäß § 4 dieses Vertrages geführten Konten des einzelnen Gesellschafters bei Ausscheiden auch unter Berücksichtigung der ihm zuzuordnenden stillen Reserven einen Negativsaldo aus, so ist der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet, die gemäß § 11 erhaltenen Auszahlungen (Entnah-

men/Ausschüttungen) in Höhe des Negativsaldos an die Gesellschaft zurückzuzahlen.

§ 11 Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen)

1. Diejenigen Gesellschafter, die ihre Einlagen in Form einer Einmaleinlage erbringen, erhalten jährlich gewinnunabhängige Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) zu Lasten ihres Privatkontos. Hierbei handelt es sich nicht um eine Garantieverzinsung.

...

3. Auf Antrag, d.h. mit Unterzeichnung der Beitrittserklärung, können die Gesellschafter mit Einmaleinlage von ihrem jeweiligen Auszahlungsrecht in der Form Gebrauch machen, daß ihre Auszahlung (Entnahmen/Ausschüttungen) wiederangelegt wird und damit eine eigenständige bedingte Rateneinlage begründet.

§ 16 Abfindungsguthaben bei Beendigung der atypisch stillen Gesellschaft

1. Bei Beendigung der atypisch stillen Gesellschaft steht den Gesellschaftern ein Abfindungsguthaben zu. Dieses errechnet sich nach Maßgabe des § 9 dieses Vertrags und den nachstehenden Buchstaben a) bis d) wie folgt:

...

- d) Übersteigen zum Auseinandersetzungstichtag (vgl. Buchstabe e) dieses Paragraphen) die Verlustanteile und Entnahmen, welche die Gesellschafter während ihrer gesamten Gesellschaftszugehörigkeit erhalten haben, ihren eingezahlten Einlagebetrag (ohne Agio) zuzüglich der ihrem Gewinn- und Verlustkonto gutgeschriebenen Gewinnbeteiligungen, wird der sich insoweit ergebende negative Betrag im Falle des vertragsgemäßen Austritts der Gesellschafter zunächst mit ihrem Auseinandersetzungsanspruch gemäß Buchstabe b) bis zur Höhe des (anteiligen) Auseinandersetzungswerts verrechnet. Sollte danach bei Einmalanlegern ein negativer Betrag verbleiben, kann die Gesellschaft den ausstehenden Betrag maximal bis zur Höhe der empfangenen Auszahlungen (Entnahmen/Ausschüttungen) zurückfordern."

3 In den Jahren nach seinem Beitritt erhielt der Beklagte aus dem Beteiligungsprogramm „Classic“ gewinnunabhängige Ausschüttungen in Höhe von 791,67 € zugewiesen, die zu Lasten seines Privatkontos in dieser Anlage verbucht, vertragsgemäß aber nicht an ihn ausgezahlt sondern unmittelbar in sein Einlagekonto im Rahmen der "Plus"-Beteiligung umgebucht wurden.

4 Am 11. Dezember 2009 beschlossen die stillen Gesellschafter, die stille Gesellschaft zum 15. Dezember 2009 zu "liquidieren".

5 Die Klägerin nimmt den Beklagten gestützt auf § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 d GV auf Rückzahlung des Ausschüttungsbetrages von 791,67 € nebst Zinsen in Anspruch.

6 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihren Zahlungsanspruch weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin könne die Rückzahlung der Ausschüttungen nicht aufgrund des Gesellschaftsvertrages verlangen. Der Anspruch könne nicht auf § 3 Nr. 1 GV gestützt werden, da der Beklagte die von ihm gezeichnete Einmaleinlage vollständig geleistet habe. Dass die gewinnunabhängigen Aus-

zahlungen die erbrachte Einlage wieder verringert hätten, sei dem Gesellschaftsvertrag nicht zu entnehmen. Ein Anspruch auf Leistung der Einlage ergebe sich auch nicht im Rahmen der "Plus"-Anlage. Zum einen werde ein solcher Anspruch von der Klägerin nicht geltend gemacht; zum anderen habe die Klägerin selbst vorgetragen, dass die in die "Plus"-Anlage geschuldete Einlageleistung durch die unmittelbare Umbuchung der Ausschüttungen aus der "Classic"-Anlage vollständig erfüllt worden sei. Ein Rückzahlungsanspruch folge des Weiteren nicht aus § 9 Nr. 2 GV, da dieser nur die Pflicht des ausscheidenden Gesellschafters zur Rückzahlung von Auszahlungen regelt. Entsprechendes gelte für § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV, der nur den hier nicht vorliegenden Fall des vertragsgemäßen Austritts des Gesellschafters erfasse. Auch durch Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht - § 232 Abs. 2, § 236 Abs. 2 HGB oder § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB - lasse sich ein Rückzahlungsanspruch nicht begründen. Schließlich komme auch eine ergänzende Auslegung von § 9 oder § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV nicht in Betracht. Da damit bereits dem Grunde nach kein Rückzahlungsanspruch der Klägerin bestehe, bedürfe es keiner Entscheidung darüber, ob ihre Berechnung der Gewinn- und Verlustzuweisungen zum Kapitalkonto des Beklagten zutreffend sei oder ob die Hilfsaufrechnung des Beklagten mit Schadensersatzansprüchen aus Prospekthaftung im weiteren Sinne und aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB durchgreife.

9 II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts folgt aus § 9 und § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV ein vertraglicher Anspruch der Klägerin gegen die stillen Gesellschafter auf Rückzahlung der gemäß § 11 Nr. 1 GV erhaltenen Ausschüttungen, wie der Senat mit Urteilen vom 20. September 2015 (- II ZR 120/15, ZIP 2016, 2262, Rn. 14 ff.; - II ZR 124/15, juris Rn. 12 ff. und - II ZR 139/15,

juris Rn. 10 ff.) und vom 6. Dezember 2016 (- II ZR 140/15, ZIP 2017, 1517, Rn. 11 und - II ZR 262/15, juris Rn. 11) entschieden hat. Davon abzuweichen besteht kein Anlass.

11 2. Der Beklagte hat die Ausschüttungen in Höhe von 791,67 € im Sinne von § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV "empfangen". Dass die Beträge nicht an ihn ausgezahlt, sondern unmittelbar in das Beteiligungsprogramm "Plus" als dortige Einlage umgebucht wurden, steht dem nicht entgegen.

12 Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, wurden die Ausschüttungen zunächst zu Lasten des Privatkontos des Beklagten in der Beteiligung "Classic" als "Entnahme/Ausschüttung", d.h. als Auszahlung (§ 4 GV) verbucht, bevor sie auf sein Einlagekonto in der Beteiligung "Plus" umgebucht wurden. Mit dieser Verbuchung als Auszahlung auf seinem Kapitalkonto sind die Ausschüttungsbeträge in das Vermögen des Beklagten gelangt, der dadurch einen einer Auszahlung gleichzusetzenden Vermögenszuwachs erhalten hat.

13 Der in der Rechtsprechung vertretenen gegenteiligen Auffassung, Ausschüttungen, die sich nach wie vor im Vermögen der Gesellschaft befänden und lediglich von einem Beteiligungsprogramm in ein anderes umgebucht würden, seien nach Wortlaut und Zweck des § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV nicht als vom Anleger empfangen anzusehen (so OLG München, Urteil vom 30. April 2014 - 20 U 2680/13, juris Rn. 28), ist nicht zu folgen.

14 Die Umbuchung von dem Beteiligungsprogramm "Classic" als Einlage in das Beteiligungsprogramm "Plus" ändert nichts an dem mit der Auszahlungsverbuchung in dem Programm "Classic" entstandenen Vermögenszuwachs des Beklagten. Vielmehr handelt es sich um die Umsetzung der (Wieder-)Anlageentscheidung des Beklagten, der mit seiner Beitrittserklärung durch die zusätzliche Zeichnung des Beteiligungsprogramms "Plus" gemäß § 11 Nr. 3

Satz 1 GV als Gesellschafter mit Einmalanlage von seinem jeweiligen Auszahlungsrecht in der Form Gebrauch gemacht hat, dass seine Auszahlung (Entnahmen/Ausschüttungen) wiederangelegt wird und damit eine eigenständige bedingte Rateneinlage begründet wird. Sein Vermögenszuwachs aus der Beteiligung "Classic" wird damit zur Finanzierung der Einlage einer weiteren Vermögensanlage - mit eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten, insbesondere Gewinn- und Verlustzuweisungen - genutzt. Die vorgenommene Umbuchung stellt dabei eine Abkürzung der Zahlungswege dar, da die Ausschüttungen andernfalls hätten ausgezahlt und anschließend von dem Beklagten selbst in die Beteiligung "Plus" wieder hätten eingezahlt werden müssen. Die bloße Ausparung dieses Zwischenschritts ändert jedoch nichts an der in dem Umbuchungsvorgang liegenden Vermögensdisposition durch den Beklagten.

- 15 3. Auch der Einwand des § 242 BGB (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est) steht dem Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der wieder angelegten Ausschüttungen gemäß § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV nicht entgegen (so aber OLG München, Urteile vom 30. April 2014 - 20 U 2680/13, juris Rn. 28 und - 20 U 2169/13, juris Rn. 57).
- 16 aa) Nach Auffassung des Oberlandesgerichts München ergibt sich aus § 3 Nr. 2 Satz 4 GV, dass die Verpflichtung des Anlegers zur Zahlung der Einlage im Programm "Plus" dem Grunde und der Höhe nach durch die Zuweisung von Ausschüttungen im Programm "Classic" bedingt sei und die Einlage im Programm "Plus" ausschließlich durch die Ausschüttungen im Programm "Classic" finanziert werden solle. Verlange die Geschäftsherrin die Ausschüttungen zurück, entfalle somit die Einlageverpflichtung im Beteiligungsprogramm "Plus" mit der Folge, dass der Anleger seine dort - in Höhe der Ausschüttungen - geleisteten Einlagen nicht mehr schulde und zurückverlangen könne. Folglich

müsse die Geschäftsherrin die vom Anleger zurückbezahlten Ausschüttungen als geleistete, aber nicht geschuldete Einlagen im Beteiligungsprogramm "Plus" umgehend zurückerstatten.

17 bb) Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

18 Da der Beklagte - wie ausgeführt - auch die wieder angelegten Ausschüttungen mit der Verbuchung als Auszahlung auf seinem Kapitalkonto erhalten hat, war er gemäß den vertraglichen Vereinbarungen zu deren Einzahlung bzw. Wiederanlage in das Beteiligungsprogramm "Plus" verpflichtet. Diese Einzahlungsverpflichtung entfällt nicht nachträglich wieder dadurch, dass die Klägerin die erfolgten Ausschüttungen aus dem Beteiligungsprogramm "Classic" nach § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV zurückverlangt.

19 § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV begründet für den Fall der Beendigung der Gesellschaft einen von den dort genannten besonderen Voraussetzungen abhängigen gesonderten Anspruch der Gesellschaft auf Rückzahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen. Dass die Geltendmachung dieses Rückzahlungsanspruchs bei Beendigung der Gesellschaft Auswirkungen auf die bestehende Einlageverpflichtung des Anlegers in das Beteiligungsprogramm "Plus" - etwa im Sinne einer auflösenden Bedingung - haben sollte, ist den gesellschaftsvertraglichen Regelungen schon nicht zu entnehmen. Vielmehr würde dies und die Annahme einer darauf gegründeten dolo-agit-Einrede dem Sinn und Zweck dieses Rückforderungsanspruchs widersprechen. Wie der Senat mit Urteilen vom 20. September 2016 (- II ZR 120/15, ZIP 2016, 2262 Rn. 19 ff.; - II ZR 124/15, juris Rn. 17 ff. und - II ZR 139/15, juris Rn. 15 ff.) zu den auch hier auszulegenden Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages entschieden hat, regelt § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV für den Fall der Beendigung der Gesellschaft die wegen des gesellschaftsvertraglich begründeten Eigenkapitalcharakters ihrer Einlagen um-

fassend bestehende Pflicht der stillen Gesellschafter, die Schulden des Geschäftsinhabers, soweit sie auf das Unternehmen entfallen, an dem sie beteiligt sind, möglichst auszugleichen. Die stillen Gesellschafter sollen dem Geschäftsherrn die Schuldentilgung durch die Rückzahlung der Gelder ermöglichen, die sie nicht als Gewinn, sondern zu Lasten des Vermögens des Unternehmens erhalten haben. Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn die Geltendmachung des Anspruchs aus § 16 Nr. 1 Satz 2 d GV betreffend die Ausschüttungen aus dem Programm "Classic" durch die Gesellschaft den Gesellschafter zur Rückforderung der vereinbarungsgemäß im Programm "Plus" wieder angelegten Ausschüttungen berechtigen würde, obwohl er auch diese wieder angelegten Ausschüttungen zu Lasten des Vermögens des Unternehmens erhalten und zu eigenen Vermögensdispositionen genutzt hat.

20 III. Die angefochtene Entscheidung ist aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht muss die bislang offen gebliebenen Feststellungen zur Höhe des Rückerstattungsanspruchs der Klägerin treffen. Der Beklagte hat die von der Klägerin vorgetragene (negative) Ergebnisbeteiligung, das negative Kapitalkonto, den von ihr angegebenen Auseinandersetzungswert und das Fehlen stiller Reserven bestritten; außerdem hat er die fehlende Vorlage einer Auseinandersetzungsbilanz beanstandet. Das Berufungsgericht hat hierzu - von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen und die ordnungsgemäße Berechnung "der Gewinn- und Verlustzuweisungen" offen gelassen.

21 Zu der vom Beklagten erklärten Hilfsaufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus Prospekthaftung im weiteren Sinne und aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB verweist der Senat vorsorglich auf seine Urteile

vom 19. November 2013 (- II ZR 383/12, BGHZ 199, 104 Rn. 25 ff.) und vom 6. Dezember 2016 (- II ZR 140/15, ZIP 2017, 1517, Rn. 17 f.).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

Grüneberg

Vorinstanzen:

AG Euskirchen, Entscheidung vom 02.03.2015 - 20 C 41/14 -

LG Bonn, Entscheidung vom 20.07.2015 - 6 S 61/15 -