BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 266/09

Verkündet am:
15. November 2011
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 705, 730, 733, 735; HGB §§ 110, 128

a) Bei einer Publikumsgesellschaft bürgerlichen Rechts sind in die von den Abwicklern zu erstellende Auseinandersetzungsbilanz auch ohne besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag die zu unselbständigen Rechnungsposten gewordenen, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche untereinander und gegen die Gesellschaft einzustellen; auf dieser Grundlage ist der auf jeden Gesellschafter entfallende Fehlbetrag zu ermitteln.

b) Bestehen bei der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz einer Publikumsgesellschaft greifbare Anhaltspunkte dafür, dass der ermittelte Fehlbetrag durch die Anforderung von Nachschüssen in gleicher Höhe nicht aufgebracht werden kann, weil einige Gesellschafter aller Voraussicht nach nicht in der Lage sein werden, die auf sie entfallenden Nachschüsse zu leisten, kann die Gesellschafterversammlung mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Mehrheit beschließen, dass diesem Umstand bereits bei der Festlegung der Höhe der von den Gesellschaftern einzufordernden Nachschusszahlungen Rechnung getragen wird, und den Liquidator zur Einforderung der entsprechenden Beträge anweisen.

BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09 - KG
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 19. Zivilsenats des Kammergerichts vom 12. November 2009 aufgehoben und das Urteil der Zivilkammer 19 des Landgerichts Berlin wie folgt abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 118.367,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2008 zu zahlen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wurde im Jahr 1994 zu dem Zweck gegründet, in B. eine Wohnanlage zu errichten und zu bewirtschaften. Die Beklagten traten der Gesellschaft im November 1994 mit einem Betrag von 148.300 DM (75.824,58 €) zuzüglich Agio bei. Dies entsprach zunächst einer Beteiligungsquote von 0,6024 %, die sich durch Kündigung anderer Gesellschafter auf 0,622 % erhöhte.

2 Der Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) der Klägerin enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

§ 8

Haftung/Nachschüsse

1. Die Gesellschafter haften gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen als Gesamtschuldner.

2. Mit ihrem sonstigen Vermögen haften sie den Gläubigern der Gesellschaft nur quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft, in der Höhe jedoch unbegrenzt.

…

4. Die Gesellschafter sind verpflichtet, Unterdeckungen im Rahmen der Finanzierung des Bauvorhabens (§ 3 Ziff. 2 und 4) sowie der Bewirtschaftung des gesellschaftseigenen Bauvorhabens einschließlich der Kosten der Gesellschaft anteilig zu tragen und auf Anforderung der Geschäftsführung Nachschüsse zu leisten …

5. Die Gesellschaft ist berechtigt, Nachschussleistungen mit Ansprüchen des Gesellschafters auf Auszahlung von Überschüssen … zu verrechnen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

§ 16

Gesellschafterversammlung

- Beschlussgegenstände -

Die Gesellschafterversammlung beschließt über

...

e) die Änderung des Gesellschaftsvertrages,

...

g) die Auflösung der Gesellschaft ...

h) alle sonstigen Angelegenheiten, die ihr nach diesem Gesellschaftsvertrag zugewiesen sind ...

§ 17

Gesellschafterversammlung

- Beschlussfassung, Stimmrechte -

...

3. Sämtliche Beschlüsse werden mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht das Gesetz oder dieser Vertrag ausdrücklich eine andere Mehrheit vorschreibt. Bei Abstimmung über Gegenstände im Sinne von [§] 16 e) und g) ist eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen, mindestens aber von 51 % aller Gesellschafterstimmen erforderlich und ausreichend.

...

3 Die Klägerin geriet in eine wirtschaftliche Schieflage, weil ihre Einnahmen nicht ausreichten, um die Wohnanlage zu bewirtschaften und den Kapitaldienst gegenüber der finanzierenden Bank zu tragen. Die Gesellschafterversammlung der Klägerin fasste am 28. Februar 2007 im schriftlichen Verfahren mit der nach § 17 Nr. 3 Satz 2, § 16 Buchst. g GV erforderlichen Mehrheit von

3/4 der abgegebenen und mindestens 51 % aller Stimmen den Beschluss, die Fondsimmobilie zu veräußern und die Gesellschaft zu liquidieren. Zum Liquidator wurde Rechtsanwalt Dr. P. bestimmt. Mit Kaufvertrag vom 15. März 2007 veräußerte die Klägerin das gesellschaftseigene Grundstück zu einem Kaufpreis von 13.425.000 €. Am 30. Juni 2008 erstellten die Steuerberater und Wirtschaftsprüfer W. + Partner im Auftrag der Klägerin eine „Vermögensübersicht zum 31. Dezember 2007 gleichzeitig Liquidationseröffnungsbilanz zum 1. Januar 2008". Zum Ausgleich des sich aus der Saldierung der Verbindlichkeiten mit den vorhandenen Vermögenswerten ergebenden Fehlbetrages von 16.023.093,38 € sind in der Erläuterung wesentlicher Positionen dieser Vermögensübersicht/Liquidationseröffnungsbilanz unter der Position „Sonstige Vermögensgegenstände" zum 31. Dezember 2007 Forderungen gegen Gesellschafter in dieser Höhe ausgewiesen und ist deren Zusammensetzung wie folgt dargestellt:

Forderungen gegen Gesellschafter	20.028.866,73 €
Bewertungsabschlag zu Forderungen	-4.005.773,35 €
gegen Gesellschafter	16.023.093,38 €

4 Unter der Position „B. Verbindlichkeiten" sind unter „3. Sonstige Verbindlichkeiten" unter anderem ausgewiesen:

Einzahlungen der Gesellschafter	12.781.813,32 €
Zinsen auf Einzahlungen der Gesellschafter	396.590,74 €

5 Mit Schreiben vom 3. Juli 2008 übersandte der Liquidator den Beklagten die Vermögensübersicht/Liquiditätseröffnungsbilanz. Dabei führte er zur Position „Forderungen gegenüber Gesellschaftern" aus, hier sei dem Grunde nach

der Nachschussanspruch gegenüber den Gesellschaftern gemäß § 735 BGB zum Ausgleich der Verbindlichkeiten der Gesellschaft eingestellt. Die Höhe des Betrags ergebe sich aus der Saldierung der Verbindlichkeiten mit den vorhandenen Vermögenswerten. Allerdings habe der sich hiernach rechnerisch ergebende Wert um die voraussichtliche Ausfallquote von Gesellschaftern von 20 % heraufgesetzt werden müssen bzw. sei die „Forderung gegenüber Gesellschaftern" um die voraussichtliche Ausfallquote von 20 % wertberichtigt worden. Zu den bilanzierten Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist in dem Schreiben ausgeführt, sie setzten sich im Wesentlichen aus den noch bestehenden Bankverbindlichkeiten und den seit 2000 geleisteten „Nachschüssen" der Gesellschafter in Höhe von 12.781.813,32 € zusammen.

6 Mit weiterem Schreiben vom selben Tag forderte der Liquidator die Beklagten unter Bezugnahme auf die übersandte „Liquidationsbilanz" auf der Grundlage ihrer Beteiligungsquote von 0,622 % und unter Berücksichtigung bereits gezahlter Nachschüsse zur Zahlung eines weiteren Betrages in Höhe von 118.367,64 € auf.

7 Die Gesellschafterversammlung der Klägerin stimmte im Umlaufverfahren mit Beschluss vom 15. September 2008 mit einfacher Stimmenmehrheit bei einer Beteiligungsquote von rund 61 % der mit Schreiben vom 3. Juli 2008 versandten Liquidationseröffnungsbilanz als „Schlussbilanz" zu und wies den Liquidator an, auf der Grundlage des Betrages von 20.028.866,73 € die erforderlichen Nachschüsse einzufordern.

8 Das Landgericht hat die auf Zahlung von 118.367,64 € gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abänderung der Entscheidung des Landgerichts zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

10 I. Das Berufungsgericht (KG, ZIP 2010, 1545) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Die Auseinandersetzungsbilanz, die Voraussetzung einer fälligen Nachschusspflicht gemäß § 735 BGB sei, könne von den Gesellschaftern nur einstimmig beschlossen werden, da es sich um ein Grundlagengeschäft handele. Auch wenn der Gesellschaftsvertrag regle, dass sämtliche Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst würden, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt oder gesetzlich bestimmt sei, ergebe eine interessengerechte Auslegung des Gesellschaftsvertrages, dass dies nicht für die Feststellung des Liquidationsergebnisses und die Anforderung von Nachschüssen gelten solle. Im Übrigen stehe der Klageforderung entgegen, dass sich die Mehrheit mit der Feststellung der Schlussrechnung treupflichtwidrig über beachtenswerte Belange der Minderheit hinweggesetzt habe. Denn zum einen enthalte die Schlussrechnung Rückstellungen für den Ausfall von Nachschussforderungen, die auf einer bloßen Prognose beruhten. Hierfür sei in einer Schlussbilanz kein Raum, weil die Ausfallhaftung nach § 735 Satz 2 BGB erst eingreife, wenn von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden könne. Zum anderen habe die Mehrheit nicht berücksichtigt, dass die Beklagten geltend gemacht hätten, sie könnten ihrer Inanspruchnahme durch die finanzierende Bank deren Kenntnis von einem Kapitalanlagebetrug des Initiators entgegenhalten. Dieser Gesichtspunkt habe nicht in der gebotenen Weise in die Willensbildung der Gesellschafter einfließen können, da der Beschluss nicht in einer Gesellschafterversammlung, sondern im Umlaufverfahren gefasst worden sei.

12 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beklagten sind gemäß dem Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 15. September 2008 in Verbindung mit § 735 BGB zur Zahlung des von der Klägerin geforderten anteiligen Verlustausgleichs verpflichtet.

13 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnte der Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 15. September 2008, dass die mit Schreiben vom 3. Juli 2008 versandte Liquidationseröffnungsbilanz als „Schlussbilanz" in dem Sinne festgestellt wird, dass der Liquidator angewiesen wird, auf der Grundlage des sich aus dieser Bilanz ergebenden Betrages von 20.028.866,73 € die zur Berichtigung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft erforderlichen Nachschüsse von den Gesellschaftern einzufordern, mit einfacher Mehrheit gefasst werden.

14 a) Beschlüsse in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind einstimmig zu fassen (vgl. § 709 Abs. 1 BGB). Es steht den Gesellschaftern jedoch grundsätzlich frei, im Gesellschaftsvertrag das nach dem Gesetz geltende Einstimmigkeitserfordernis durch das Mehrheitsprinzip zu ersetzen (vgl. § 709 Abs. 2 BGB). Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin enthält für die Beschlussfassung über die Feststellung einer Auseinandersetzungsbilanz, die zur Ermittlung des zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden im Sinne von § 733 Abs. 1, § 735 BGB von den Gesellschaftern benötigten Betrags aufgestellt worden ist (im Folgenden nur: Auseinandersetzungsbilanz), eine solche Regelung.

15 § 17 Nr. 3 Satz 1 GV bestimmt, dass sämtliche Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit gefasst werden, soweit nicht das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich eine abweichende Mehrheit vorschreiben. Danach genügt für die Beschlussfassung über die Feststellung

der Auseinandersetzungsbilanz die einfache Mehrheit, da weder das Gesetz noch der Gesellschaftsvertrag für diesen Beschlussgegenstand ausdrücklich eine andere Mehrheit vorschreiben.

16 aa) Zwar wird im Gesellschaftsvertrag der Klägerin nicht ausdrücklich ausgesprochen, dass für die Beschlussfassung über die Auseinandersetzungsbilanz die einfache Mehrheit genügt. Für die formelle Legitimation einer auf die Mehrheitsklausel gestützten Mehrheitsentscheidung ist es aber ausreichend, dass sich - wie hier - durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages eindeutig ergibt, dass der betreffende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll; einer Aufzählung der von der Mehrheitsklausel erfassten Beschlussgegenstände im Einzelnen bedarf es hierfür grundsätzlich nicht, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um ein früher so genanntes „Grundlagengeschäft" handelt (BGH, Urteil vom 15. Januar 2007 - II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 Rn. 6, 9 - OTTO; Urteil vom 24. November 2008 - II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 15 - Schutzgemeinschaftsvertrag II).

17 bb) Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages der Klägerin, die der Senat, da es sich um eine Publikumsgesellschaft handelt, selbständig und objektiv vornehmen kann (vgl. nur BGH, Urteil vom 19. März 2007 - II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Rn. 8; Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 187/09, ZIP 2011, 322 Rn. 12 jeweils m.w.N.), ergibt, dass die Gesellschafter auch über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz nicht einstimmig, sondern mit einfacher Mehrheit der Stimmen entscheiden.

18 (1) Dieser Beschlussgegenstand ist - anders als beispielsweise die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die Auflösung der Gesellschaft - in § 16 GV nicht gesondert aufgeführt. Er ist auch in der Bestimmung des § 17 Nr. 3 Satz 2 GV nicht genannt, nach der für die Entscheidung, ob die Gesellschaft

aufgelöst wird, eine (qualifizierte) Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen, mindestens aber 51 % aller Gesellschafterstimmen ausreicht. Daraus ergibt sich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, dass für Entscheidungen bei der Durchführung der beschlossenen Auflösung einschließlich der Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz das Einstimmigkeitserfordernis gleichfalls abbedungen sein soll. Angesichts der klaren gesellschaftsvertraglichen Regelungen sowie der unterschiedlichen Bedeutung der Auflösungsentscheidung als solcher einerseits und der Abwicklung der aufgelösten Gesellschaft andererseits spricht ferner nichts dafür, dass das ausschließlich für die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die Auflösung der Gesellschaft angeordnete qualifizierte Mehrheitserfordernis des § 17 Nr. 3 Satz 2 GV auch für die Beschlussfassung über die Auseinandersetzungsbilanz gelten sollte.

19 (2) Nimmt man zudem den Charakter der Klägerin als Publikumsgesellschaft mit einer Vielzahl untereinander nicht persönlich verbundener Gesellschafter in den Blick, steht außer Zweifel, dass die allgemeine Mehrheitsklausel des § 17 Nr. 3 Satz 1 GV die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz einschließt. Der nach dem Gesetz geltende Einstimmigkeitsgrundsatz wird in Publikumsgesellschaften mit einer Vielzahl von Gesellschaftern regelmäßig durch das Mehrheitsprinzip ersetzt, um die Handlungsfähigkeit solcher Gesellschaften zu gewährleisten (vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 709 Rn. 94 m.w.N.). Dieses Erfordernis besteht nach Auflösung der Gesellschaft in der Abwicklungsphase unverändert fort. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung sind demnach keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass § 17 Nr. 3 Satz 1 GV lediglich die Beschlussfassung in der werbenden Gesellschaft erleichtern sollte, während für Beschlüsse in der Liquidationsphase einschließlich solcher über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz - mangels einer anderslautenden Mehrheitsregelung im Gesellschaftsvertrag - das Einstimmigkeitsprinzip gelten sollte. Hiervon konnten beitretende Gesellschafter vor dem

Hintergrund der gesellschaftsvertraglichen Regelungen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ausgehen.

20 b) Anders als das Berufungsgericht meint, ist die Beschlussfassung über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz nicht deshalb aus dem Geltungsbereich der Mehrheitsklausel des § 17 Nr. 3 Satz 1 GV auszunehmen, weil es sich um eine einer nachträglichen Beitragserhöhung vergleichbare Entscheidung handele, die wie jene der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedürfe (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 12 m.w.N.). Zwar ist für Mehrheitsentscheidungen über eine nachträgliche Erhöhung der Beitragspflichten im Sinn von § 707 BGB eine entsprechende eindeutige Legitimationsgrundlage im Gesellschaftsvertrag erforderlich, die Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung der Gesellschafter erkennen lassen muss, weil es sich hierbei um eine antizipierte Zustimmung handelt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 23. Januar 2006 - II ZR 306/04, ZIP 2006, 562 Rn. 18 ff.; Urteil vom 5. März 2007 - II ZR 282/05, ZIP 2007, 766 Rn. 13; Urteil vom 9. Februar 2009 - II ZR 231/07, ZIP 2009, 864 Rn. 14 f.). Die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage der hier in Rede stehenden Verlustausgleichspflicht nach Auflösung der Gesellschaft steht jedoch einer Belastung der Gesellschafter mit zusätzlichen Beitragspflichten in der werbenden Gesellschaft nicht gleich. Während die nachträgliche Begründung einer Nachschusspflicht in der werbenden Gesellschaft von der gesetzlichen Regelung in § 707 BGB abweicht, dass ein Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft nicht ohne seine Zustimmung nachträglich mit zusätzlichen Beitragspflichten belastet werden darf, stellt die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz - auch in der Form des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 15. September 2008 - lediglich eine Voraussetzung für die Geltendmachung der sich nach Auflösung der Gesellschaft aus dem Gesetz selbst (§ 735 BGB) ergebenden und - anders als die

Verpflichtung zur Nachschusszahlung in der werbenden Gesellschaft - unabhängig von der Zustimmung des einzelnen Gesellschafters bestehenden (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 735 Rn. 1) Verlustausgleichspflicht dar und konkretisiert diese.

21 c) Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil mit der Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz darüber entschieden werde, ob die Gesellschaft von den Gesellschaftern Nachschüsse anfordere oder ob sie es auf die Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter durch die Gläubiger der Gesellschaft ankommen lasse. Das Berufungsgericht verkennt, dass sich die Gesellschafter bereits mit dem Beschluss, die Gesellschaft aufzulösen, dafür entschieden haben, die Verbindlichkeiten der Klägerin aus deren Aktivvermögen und - soweit dieses nicht ausreicht - durch Nachschusszahlungen der Gesellschafter zu tilgen (§§ 733, 735 BGB). Die Möglichkeit, dass die Gläubiger einzelne Gesellschafter unmittelbar in Anspruch nehmen, wird hierdurch nicht berührt.

22 2. Rechtsfehlerhaft ist schließlich die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Beschluss sei materiell unwirksam, weil sich die Mehrheit der Gesellschafter mit der getroffenen Entscheidung unter Verstoß gegen die gesellschafterliche Treuepflicht über beachtenswerte Belange der Minderheit hinweggesetzt habe.

23 Ist die Entscheidung der Mehrheit der Gesellschafter von einer Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag gedeckt, ist allerdings auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob sie sich als treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegenüber der Minderheit mit der Folge darstellt, dass sie inhaltlich unwirksam ist (BGH, Urteil vom 15. Januar 2007 - II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 Rn. 10 - OTTO; Urteil vom 24. November 2008 - II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 17 - Schutzgemeinschaftsvertrag II). Dies trifft für den Beschluss der Gesellschaf-

terversammlung der Klägerin vom 15. September 2008 über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz jedoch nicht zu.

24 a) Anders als das Berufungsgericht meint, verletzt der Beschluss über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz nicht deshalb treupflichtwidrig die Rechte der Beklagten, weil ihnen die Möglichkeit genommen werde, Einwendungen gegenüber der finanzierenden Bank geltend zu machen. Die Frage, ob den Beklagten - wie sie meinen - gegen die Bank zum Beispiel wegen deren Kenntnis von einem Kapitalanlagebetrug des Initiators Schadensersatzansprüche zustehen, die sie ihrer persönlichen Inanspruchnahme wegen des gegen die Gesellschaft begründeten Darlehensrückzahlungsanspruchs als Einwendung entgegensetzen können, betrifft nur ihre Außenhaftung gegenüber der Bank. Die im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bestehende Verpflichtung zum Verlustausgleich nach § 735 BGB bleibt davon unberührt. Die geltend gemachten Nachschüsse sind erforderlich, um die Liquidität der Gesellschaft herzustellen, damit gemäß § 733 Abs. 1 Satz 1 BGB die Schulden der Gesellschaft, zu denen auch die Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Bank aus der Objektfinanzierung zählen, berichtigt werden können. Sollten die Beklagten vor Tilgung der Darlehensschuld durch die Gesellschaft von der finanzierenden Bank analog § 128 HGB in Anspruch genommen werden, wird ihnen die Geltendmachung etwaiger Einwendungen, die ihnen im Verhältnis zur Bank zustehen, durch die von ihnen geforderte Zahlung des Verlustausgleichs weder genommen noch erschwert. Wird die Darlehensschuld - nach Einforderung der Nachschüsse der Gesellschafter - von der Gesellschaft beglichen, bleibt es den Beklagten gleichfalls unbenommen, die von ihnen angenommenen Schadensersatzansprüche gegen die finanzierende Bank dieser gegenüber geltend zu machen.

25

Die Beklagten haben deshalb kein berechtigtes Interesse daran, dass die Gesellschaft ihre Darlehensverbindlichkeiten mit der Folge zusätzlicher Zins- und Kostenlasten nicht bedient, obwohl ihr selbst gegen die Forderungen der Bank keine Einwendungen zustehen. Vielmehr folgt aus der in § 733 Abs. 1 und 2 BGB geregelten Reihenfolge, dass die Schulden der Gesellschaft vorrangig zu tilgen sind. Dies dient auch dem Schutz der Gesellschafter vor einer persönlichen Inanspruchnahme, die mit dem Risiko des Ausfalls beim Rückgriff gegen die Mitgesellschafter verbunden ist (vgl. Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 733 Rn. 1). Zudem ist es ohnehin der Entscheidung der Bank überlassen, ob sie die Gesellschaft oder einzelne Gesellschafter analog § 128 HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch nimmt.

26 b) Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Beschluss über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz im Umlaufverfahren gefasst wurde. Der Annahme des Berufungsgerichts, die Entscheidungsbildung, die zu dem Beschluss über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage für die Geltendmachung des Verlustausgleichs geführt habe, leide an einem Verfahrensmangel, der zur Treuwidrigkeit des Beschlusses führe, weil die Gesellschafter im Umlaufverfahren ihr Interesse, Einwendungen gegenüber der finanzierenden Bank geltend zu machen, nicht ausreichend hätten zur Geltung bringen können, kann nicht gefolgt werden. Ihr steht entgegen, dass nach § 17 Nr. 5 Satz 1 GV Beschlüsse der Gesellschafter außer in der Gesellschafterversammlung auch durch schriftliche Abstimmung gefasst werden können.

27 c) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht den Beschluss vom 15. September 2008 über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz schließlich deshalb für treuwidrig erachtet, weil dort berücksichtigt worden sei, dass ein Teil der Gesellschafter nicht in der Lage sein werde, die jeweiligen

Nachschussforderungen der Klägerin zu erfüllen, die Ausfallhaftung des § 735 Satz 2 BGB jedoch erst dann eingreife, wenn feststehe, dass von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Nachschuss nicht erlangt werden könne. Die Berechnung der zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 733 BGB erforderlichen Nachschüsse der Gesellschafter auf der Grundlage der Prognose, dass von 20 % der Gesellschaftern ein Nachschuss nicht zu erlangen sein werde, führt unter den festgestellten Umständen nicht zur Treuwidrigkeit des Beschlusses vom 15. September 2008.

28 aa) Nach § 735 Satz 2 BGB haften die übrigen Gesellschafter subsidiär, wenn der auf einen Mitgesellschafter nach § 735 Satz 1 BGB entfallende Verlustausgleichsbetrag nicht erlangt werden kann. Der Verlustausgleichsbetrag kann von einem Gesellschafter nicht erlangt werden, wenn er zahlungsunfähig oder die Forderung gegen ihn aus sonstigen Gründen nicht durchsetzbar ist (vgl. MünchKommBGB/Bydlinski, 5. Aufl., § 426 Rn. 36). Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin nicht dargelegt, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe sie mit Nachschussforderungen gegen Gesellschafter konkret ausgefallen ist.

29 bb) Eine solche Darlegung ist zwar erforderlich, wenn im Zuge der Schlussabrechnung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern der Umfang der Nachschusspflicht der einzelnen Gesellschafter unter Berücksichtigung der subsidiären Ausfallhaftung nach § 735 Satz 2 BGB endgültig festgestellt werden soll. Dies trifft hier aber nicht zu. Bei dem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 15. September 2008 geht es noch nicht um die (auf den Zeitpunkt der Vollbeendigung der Gesellschaft bezogene) endgültige Abrechnung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern. Soweit in der mit dem Beschluss vom 15. September 2008 mehrheitlich gebilligten Liquidationsbilanz bei der Ermittlung des zur Berichtigung der Gesellschaftsverbindlichkei-

ten benötigten Betrages berücksichtigt worden ist, dass von etwa 20 % der Gesellschafter voraussichtlich keine Zahlung zu erlangen sein wird, ist damit die Höhe des auf die einzelnen Gesellschafter nach § 735 Satz 1 und 2 BGB entfallenden Verlustausgleichs trotz der Bezeichnung als „Schlussbilanz“ ersichtlich nur vorläufig festgestellt worden. Diese Verfahrensweise unterliegt bei einer Publikumsgesellschaft weder unter dem Blickwinkel der gesellschafterlichen Treuepflicht noch im Hinblick auf die Regelung des § 735 BGB rechtlichen Bedenken.

30 Die in diesem Stadium der Abwicklung der Gesellschaft erstellte Auseinandersetzungsbilanz dient dazu, durch eine Gegenüberstellung des Aktivvermögens mit den Verbindlichkeiten der Gesellschaft einschließlich der Gesellschaftereinlagen festzustellen, ob und in welcher Höhe ein Überschuss verteilt werden kann oder von den Gesellschaftern Nachschüsse benötigt werden, um die Verbindlichkeiten begleichen und die Einlagen zurückerstatten zu können. Dabei ist das Aktivvermögen zu bewerten. Bestehen bei Aufstellung der Bilanz ernsthafte Zweifel an der Werthaltigkeit von Forderungen der Gesellschaft, ist diesem Umstand in der Bilanz in angemessener Weise Rechnung zu tragen. Auch bei den Ansprüchen gegen die Gesellschafter auf Zahlung von Verlustausgleich, die in eine zu dem genannten Zweck erstellte Bilanz eingestellt werden, handelt es sich um Forderungen der Gesellschaft (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 735 Rn. 5; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 735 Rn. 6; Karsten Schmidt, ZHR 153, 296; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31; MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 3. Aufl., § 149 Rn. 27, 29 für die Personenhandelsgesellschaft), die das - zur Begleichung der Verbindlichkeiten und Rückerstattung der Einlagen - unzureichende Aktivvermögen ergänzen. Bestehen schon bei der Aufstellung dieser Auseinandersetzungsbilanz greifbare Anhaltspunkte dafür, dass der ermittelte Fehlbetrag durch die Anforderung von Nachschüssen in gleicher Höhe nicht aufgebracht werden

kann, weil zu erwarten ist, dass Gesellschafter teilweise nicht in der Lage sein werden, die auf sie entfallenden Nachschüsse zu leisten, kann die Gesellschafterversammlung mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Mehrheit beschließen, dass diesem Umstand bereits bei der Festlegung der Höhe der von den Gesellschaftern anzufordernden Nachschusszahlungen Rechnung getragen wird, und den Liquidator zur Einforderung der entsprechenden Beträge anweisen.

31 Dass die dem Beschluss vom 15. September 2008 zugrunde gelegte Ausfallquote von voraussichtlich 20 % auf unzutreffenden Grundlagen beruht oder unrealistisch ist - was die Beklagten, die sich auf die Treupflichtwidrigkeit der Mehrheitsentscheidung berufen, darzulegen und zu beweisen hätten (BGH, Urteil vom 15. Januar 2007 - II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 Rn. 10 - OTTO; Urteil vom 24. November 2008 - II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 17 - Schutzgemeinschaftsvertrag II) -, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und wird von der Revisionserwiderung auch nicht geltend gemacht. Abgesehen davon hat die Klägerin in den Vorinstanzen beweisbewehrt vorgetragen, dass ihr bei Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz aus Vollstreckungsversuchen der Darlehensgläubigerin bekannt gewesen sei, dass von rund 20 % der Gesellschafter keine Zahlung zu erlangen sei. Die Revisionserwiderung zeigt gegenteiligen Vortrag der Beklagten nicht auf.

32 Es ist nicht ersichtlich, dass unter diesen Umständen durch die von der Mehrheit gebilligte Berücksichtigung des zu erwartenden Ausfalls eines Teils der Gesellschafter in der Auseinandersetzungsbilanz berechtigte Interessen der Minderheit, die ihr nicht zugestimmt hat, treuwidrig beeinträchtigt werden. Die gewählte Verfahrensweise führt dazu, dass die Liquidation der Gesellschaft rascher abgeschlossen werden kann und die Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch frühzeitigen Ausgleich der voraussichtlich uneinbringlichen Nachschuss-

zahlungen schneller getilgt werden können, so dass weitere finanzielle Belastungen der Gesellschaft durch anfallende Zinsen vermieden werden und zudem das Risiko einer unmittelbaren Inanspruchnahme der Gesellschafter durch die Gläubiger der Gesellschaft verringert wird. Diese gerade für die Abwicklung von Publikumsgesellschaften bedeutsamen Vorteile kommen allen Gesellschaftern gleichermaßen zu Gute. Die Gesellschafter haften nach § 735 Satz 2 BGB ohnehin entsprechend ihrer Beteiligung an der Gesellschaft für den Ausfall anderer Gesellschafter. Sollte sich herausstellen, dass zunächst zu hohe Beiträge eingefordert worden sind, weil sich die Ausfälle geringer als erwartet darstellen, ist dies (spätestens) im Rahmen der endgültigen Schlussabrechnung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern zu berücksichtigen. Der Umstand, dass Beiträge möglicherweise entgegen der Prognose nicht in voller Höhe zur Begleichung der Gesellschaftsverbindlichkeiten und Rückerstattung der Einlagen benötigt werden, führt wegen der den Gesellschaftern insoweit zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung zuviel geleisteter Nachschüsse zu keinem schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Minderheit, der die Berücksichtigung des zu erwartenden Zahlungsausfalls in der Liquidationsbilanz als treuwidrig erscheinen lassen könnte.

33 d) Die Beklagten können dem Klagebegehren auch nicht mit Erfolg entgegen halten, mit der beschlossenen (vorläufigen) Schlussabrechnung solle auch eine interne Ausgleichung der Gesellschafter untereinander erfolgen, die nicht Gegenstand des Abwicklungsverhältnisses sei. Das insoweit von der Revisionserwiderung in Bezug genommene Vorbringen der Beklagten betrifft die Einbeziehung der in der beschlossenen „Schlussbilanz“ ausgewiesenen „Einzahlungen der Gesellschafter“ zuzüglich der darauf entfallenden Zinsen. Bei diesen Positionen handelt es sich nach dem von den Beklagten nicht bestrittenen Vortrag der Klägerin zum einem um Nachschüsse von Gesellschaftern, die sie vor der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 8 Nr. 4 GV erbracht haben,

zum anderen um Zahlungen von Gesellschaftern an die Bank zur Begleichung der Darlehensverbindlichkeiten der Klägerin.

34 Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob wegen des engen Zusammenhangs zwischen der Abwicklung des Gesellschaftsvermögens (vgl. § 730 Abs. 1 BGB) und dem internem Ausgleich unter den Gesellschaftern für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts überhaupt daran festzuhalten ist, dass der Kontenausgleich zwischen den Gesellschaftern nicht mehr als Gegenstand der Abwicklung und damit nicht als Aufgabe der Abwickler anzusehen ist, wenn er ihnen nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag übertragen ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 14. April 1966 - II ZR 34/64, WM 1966, 706; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 53, jeweils zur Personenhandelsgesellschaft; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen). Jedenfalls bei einer Publikumsgesellschaft bürgerlichen Rechts sind in die von den Abwicklern zu erstellende Auseinandersetzungsbilanz auch ohne besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag die zu unselbständigen Rechnungsposten gewordenen, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche der Gesellschafter untereinander und gegen die Gesellschaft einzustellen (vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 4, 45; vgl. schon BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424). Dies gilt zumindest dann, wenn die Gesellschafterversammlung durch einen - mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen und hier erreichten Mehrheit gefassten - Beschluss diese Ansprüche in die Schlussabrechnung einbezogen hat. Andernfalls wäre bei der für solche Massengesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die untereinander nicht persönlich verbunden sind, der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern nicht gewährleistet, jedenfalls aber würde er in unzumutbarer Weise erschwert. Ist wie hier der Innenausgleich in die von der Gesellschafterversammlung festgestellte Schlussabrechnung einbezogen, ist auch der Liquidator zur Geltendmachung

der sich daraus ergebenden Ansprüche ermächtigt, selbst wenn diese Ermächtigung anders als im vorliegenden Fall nicht ausdrücklich ausgesprochen wird.

35 Nach diesen Maßstäben hat der Liquidator zu Recht nicht nur die Verbindlichkeiten gegenüber der finanzierenden Bank, sondern auch die von den Gesellschaftern an die darlehensgebende Bank oder - nach Anforderung von Nachschüssen - an die Klägerin geleisteten Zahlungen in die der (vorläufigen) Schlussabrechnung dienende Bilanz aufgenommen und auf dieser Grundlage den auf jeden Gesellschafter entfallenden Fehlbetrag errechnet. § 735 BGB bestimmt, dass die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichtet sind, wenn die im Zuge der Schlussabrechnung noch offenen Gesellschaftsverbindlichkeiten und die zurückzuerstattenden Einlagen das Aktivvermögen der Gesellschaft übersteigen. Gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Klägerin im Sinn von § 735 BGB sind nicht nur Verbindlichkeiten gegenüber dritten Gläubigern, sondern auch Sozialverbindlichkeiten der Gesamthand gegenüber den Gesellschaftern (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 735 Rn. 3, § 733 Rn. 7; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 24 für die OHG). Um solche handelt es sich bei den Erstattungsansprüchen von Gesellschaftern, die vor Auflösung der Gesellschaft ohne wirksame Nachschussklausel Nachschusszahlungen geleistet haben (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 2009 - II ZR 131/08, ZIP 2009, 1008 Rn. 11), ebenso wie bei den Aufwendungsersatzansprüchen analog § 110 HGB derjenigen Gesellschafter, die von der darlehensgebenden Bank persönlich in Anspruch genommen worden sind (vgl. Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 733 Rn. 7).

36 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist die Geltendmachung der sich aus der Schlussabrechnung gegen die einzelnen Gesellschafter entsprechend ihrer Verlustbeteiligung ergebenden Ansprüche auf Zahlung eines Nachschusses gemäß § 735 BGB als Teil der Abwicklung Aufgabe des Li-

quidators (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 45; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31; MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 2. Aufl., § 149 Rn. 27). Dieser hat die jeweils geschuldeten Nachschusszahlungen von allen Gesellschaftern, deren Zahlungsunfähigkeit nicht feststeht, einzufordern, hat diese gegebenenfalls zu verklagen und einen sich abweichend vom prognostizierten Ausfall ergebenden Überschuss an die Gesellschafter zu verteilen.

37 III. Das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), sind die Beklagten unter Abänderung der Entscheidung des Landgerichts antragsgemäß zur Zahlung zu verurteilen.

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 12.03.2009 - 19 O 344/08 -
KG, Entscheidung vom 12.11.2009 - 19 U 25/09 -