# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

II ZR 272/09

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 705, 735; HGB §§ 110, 128

Verlangt der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft bürgerlichen Rechts für die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage der Verlustausgleichspflicht nach Auflösung der Gesellschaft keine qualifizierte Mehrheit, ist ein mit einfacher Mehrheit gefasster Beschluss von einer gesellschaftsvertraglichen Klausel gedeckt, nach der Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit zu fassen sind.

BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 272/09 - LG Berlin
AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg

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:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 53 des Landgerichts Berlin vom 13. November 2009 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

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. Der Beklagte trat der Gesellschaft im November 1994 mit einem Betrag von 10.000 DM (5.113 €) zuzüglich Agio bei. Dies entsprach zunächst einer Beteiligungsquote von 0,0406 %. Aufgrund einer späteren Kapitalerhöhung verringerte sich der Anteil des Beklagten am Gesellschaftskapital zunächst auf 0,0395 % und erhöhte sich durch Kündigungen anderer Gesellschafter in der Folgezeit auf 0,042 %.

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.

§ 16

Gesellschafterversammlung

- Beschlussgegenstände -

Die Gesellschafterversammlung beschließt über

...

e) die Änderung des Gesellschaftsvertrages,

...

g) die Auflösung der Gesellschaft ...

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

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 gesellschaftseigene Immobilie zu einem Kaufpreis von mindestens 13 Millionen € zu veräußern und die Gesellschaft zu liquidieren. Zum Liquidator wurde Rechtsanwalt Dr. P. bestimmt. Mit notariellem Kaufvertrag vom 15. März 2007 veräußerte die Klägerin das gesellschaftseigene Grundstück. 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

5 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 € |

6 Mit Schreiben vom 3. Juli 2008 übersandte der Liquidator dem 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. 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.

7 Mit weiterem Schreiben vom selben Tag forderte der Liquidator den Beklagten unter Bezugnahme auf die übersandte „Liquidationsbilanz“ auf der Grundlage seiner Beteiligungsquote von 0,042 % und unter Berücksichtigung bereits geleisteter Nachschüsse zur Zahlung eines weiteren Betrages von 3.891,97 € auf.

8 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.

9 Das Amtsgericht hat der nach teilweiser Erfüllung der Forderung auf Zahlung des verbleibenden Betrags von 1.745,32 € gerichteten Klage in Höhe von 1.705,88 € nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision hat keinen Erfolg.

11 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

12 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten eine weitere Nachschussforderung gemäß § 735 Satz 1 und 2 BGB in der vom Amtsgericht zugesprochenen

Höhe zu. Die Gesellschaft sei aufgelöst. Durch die Veräußerung des Fondsgrundstücks sei die Erreichung des vereinbarten Gesellschaftszwecks unmöglich geworden. Außerdem hätten die Gesellschafter mit der nach § 16 Buchst. g, § 17 Nr. 3 Satz 2 GV erforderlichen Mehrheit die Auflösung der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags, somit zum 15. März 2007 beschlossen. § 735 BGB sei im Gesellschaftsvertrag weder ausdrücklich noch konkludent ausgeschlossen worden. Der Beklagte könne sich insoweit nicht auf § 8 Nr. 2 GV berufen. Diese Bestimmung betreffe nach ihrem Wortlaut nur die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Da § 8 GV klar zwischen Außen- und Innenhaftung unterscheide, könne die in § 8 Nr. 2 GV geregelte quotale Haftungsbegrenzung nicht auf das Innenverhältnis übertragen werden. Der Anspruch sei fällig, weil der Beschluss zur Feststellung der vorläufigen Schlussrechnung mit einfacher Mehrheit habe gefasst werden können. Der Kernbereich der Gesellschafterrechte sei insoweit nicht betroffen. In der Bilanz dürften auch die auf zahlungsunfähige Gesellschafter entfallenden Beträge berücksichtigt werden. Gegenteiliges ergebe sich nicht aus § 8 Nr. 4 GV, der Nachschüsse nur nach Maßgabe der Beteiligungsquote vorsehe, ohne dass sich die Zahlungspflicht der solventen Gesellschafter durch die auf zahlungsunfähige Gesellschafter entfallenden Beträge anteilig erhöhe. Denn diese Bestimmung gelte nicht für den Fall der Liquidation, für den § 735 BGB eine Verpflichtung zum Verlustausgleich und eine Ausfallhaftung anordne.

13 II. Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

14 Der Beklagte ist zur Zahlung des geforderten Verlustausgleichs verpflichtet.

15 1. Ohne Erfolg wendet die Revision ein, einer auf § 735 BGB gestützten Nachschussforderung stehe schon entgegen, dass der Beschluss vom 28. Februar 2008 nicht zur Auflösung der Klägerin geführt habe, weil die Fondsimmobilie nicht zu dem beschlossenen Mindestkaufpreis verkauft worden sei und ihre Veräußerung an eine neu gegründete Gesellschaft keine auf Vollbeendigung der Klägerin gerichtete Verwertungsmaßnahme nach vorangegangener Auflösung darstelle, sondern auf die Fortsetzung der Gesellschaft auf geänderter Grundlage gerichtet gewesen sei. Die Revision legt damit einen Sachverhalt zugrunde, den die Parteien nicht vorgetragen haben und den das Berufungsgericht nicht festgestellt hat. Nach dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Klagevortrag wurde die Fondsimmobilie entsprechend den Vorgaben im Beschluss vom 28. Februar 2008 zu einem Kaufpreis von 13,425 Millionen €, nämlich von 8 Millionen € für die Fondsimmobilie und von 5,425 Millionen € für die Übertragung des Anspruchs auf Fördermittel veräußert und die Klägerin mit dem Datum des Abschlusses des Kaufvertrags aufgelöst. Die Revision zeigt nicht auf, dass der Beklagte in den Tatsacheninstanzen hiervon Abweichendes vorgetragen und das Berufungsgericht sein Vorbringen verfahrensfehlerhaft übergangen hat. In der Revisionsinstanz kann neuer Tatsachenvortrag nicht berücksichtigt werden (§ 559 ZPO).

16 2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass der Gesellschaftsvertrag die gesetzliche Verpflichtung zur Verlustausgleichszahlung gemäß § 735 Satz 1 und 2 BGB nicht ausschließt.

17 a) Zu Unrecht beruft sich die Revision für ihre Auffassung, im Gesellschaftsvertrag der Klägerin seien die grundsätzlich dispositive (§ 731 Satz 1 BGB) gesetzliche Verlustausgleichspflicht nach § 735 Satz 1 BGB und die Ausfallhaftung gemäß § 735 Satz 2 BGB abbedungen worden, auf § 8 Nr. 2 GV.

Diese Bestimmung, nach der die Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft mit ihrem sonstigen Vermögen nur quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Klägerin haften, regelt schon nach ihrem unmissverständlichen Wortlaut lediglich die Außenhaftung der Gesellschafter. Wie das Berufungsgericht weiterhin zutreffend angenommen hat, lässt es auch die Systematik der gesellschaftsvertraglichen Regelungen, die klar zwischen Innenhaftung (§ 8 Nr. 4 und 5) und Außenhaftung (§ 8 Nr. 1 und 2) unterscheiden, nicht zu, § 8 Nr. 2 GV die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses im Innenverhältnis zu entnehmen. Hinzu kommt, dass diese Bestimmung, aus der die Revision den Ausschluss der Verlustausgleichspflicht herleiten will, die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern nicht ausschließt, sondern lediglich beschränkt.

18 b) Abgesehen davon, dass Wortlaut und Systematik der gesellschaftsvertraglichen Regelungen dem von der Revision befürworteten Verständnis des § 8 Nr. 2 GV als Ausschluss der Verlustausgleichspflicht entgegen stehen, lässt sich regelmäßig aus einer quotalen Beschränkung der Gesellschafterhaftung im Außenverhältnis für die Verlustausgleichshaftung im Innenverhältnis nichts herleiten. Wie die Revision selbst in anderem Zusammenhang zutreffend ausführt, handelt es sich bei der Innen- und Außenhaftung um unterschiedliche Haftungsebenen, die in ihren Voraussetzungen und Folgen nicht vergleichbar sind. Dementsprechend kann sich ein Gesellschafter im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft nicht auf eine quotale Beschränkung seiner persönlichen Haftung im Außenverhältnis berufen (BGH, Beschluss vom 9. März 2009 - II ZR 131/08, ZIP 2009, 1008 Rn. 9 für den Anspruch auf Ausgleich des negativen Auseinandersetzungsguthabens). Gegenteiliges ist nur dann anzunehmen, wenn die Haftung im Innen- und Außenverhältnis aufgrund einer - eindeutigen - Vereinbarung ausnahmsweise deckungsgleich ist. § 8 Nr. 2 GV lässt sich eine solche Vereinbarung nicht entnehmen.

19 c) Zu Unrecht meint die Revision, die mit der Vereinbarung einer (nur) quotalen Haftung im Außenverhältnis beabsichtigte Haftungsbeschränkung gehe im Falle einer Anwendung des § 735 BGB ins Leere, insbesondere sei die Ausfallhaftung nach § 735 Satz 2 BGB mit einer solchen Regelung unvereinbar. Eine ausschließlich im Haftungsverhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft vereinbarte quotale Haftungsbeschränkung schützt den Gesellschafter auch in diesem Verhältnis nicht ohne weiteres davor, das Risiko einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit seiner Mitgesellschafter tragen zu müssen. Diese Gefahr wird vielmehr durch die Vereinbarung einer quotalen Haftungsbeschränkung nur dann zuverlässig vermieden, wenn mit dem Gesellschaftsgläubiger vereinbart ist, dass Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen die auf die ursprüngliche Verbindlichkeit bezogenen Haftungsbeträge der Gesellschafter verringern (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 263/09, ZIP 2011, 909).

20 d) Die Annahme, aus einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelung über eine quotale Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis folge, dass auch die Verlustausgleichshaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen sei, lässt sich auch nicht mit der Überlegung rechtfertigen, dass die Gesellschafter andernfalls der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme durch die Gesellschaft und die Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt wären. Es ist im gesetzlichen Haftungssystem der Personengesellschaften angelegt (§§ 730 ff. BGB, §§ 128 ff. HGB), dass die Gesellschafter auch während der Liquidation der Gesellschaft im Außenverhältnis von den Gesellschaftsgläubigern und im Innenverhältnis von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden können. Erbringt ein Gesellschafter während der Liquidation der Gesellschaft im Außenverhältnis Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger, führt dies zu einem gegen die Gesellschaft - und subsidiär gegen die einzelnen Mitgesellschafter - gerichteten Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 110 HGB, den der Gesellschafter grundsätzlich bei der

Schlussabrechnung der wechselseitigen Ansprüche zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern geltend machen (vgl. BGHZ 37, 299, 304 f.; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 52; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 733 Rn. 7 m.w.N.) und daher, sofern er in der Schlussabrechnung noch nicht berücksichtigt ist, auch seiner Inanspruchnahme auf Nachschusszahlung nach § 735 BGB entgegenhalten kann, mit der Begründung, seine Verlustausgleichspflicht in Höhe des auf der Grundlage der Schlussrechnung errechneten Betrages stehe nicht (mehr) fest (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 42).

21 3. Entgegen der Auffassung der Revision 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.

22 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.

23 § 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.

24 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 (vgl. dazu näher Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09 Rn. 17 ff.) - 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 sogenanntes „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).

25 b) 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 über die Feststel-

lung der Auseinandersetzungsbilanz jedoch nicht zu (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09 Rn. 24 ff.).

26 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.

27 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). Solche Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

28 bb) Eine hinreichende Darlegung, dass der Verlustausgleich von einem Mitgesellschafter nicht erlangt werden kann, 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 Gesellschaftsverbindlichkeiten benötigten Betrages berücksichtigt worden ist, dass von etwa 20 % der Ge-

sellschafter 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.

29 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. Die Revision zeigt nicht auf, dass die dem Beschluss vom 15. September 2008 zugrunde gelegte Ausfallquote von voraussichtlich 20 % auf unzutreffenden Grundlagen beruht oder unrealistisch ist oder der Beklagte, der sich gegen die Mehrheitsentscheidung wendet und dem deshalb insoweit die Darlegungs- und Beweislast obliegt (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), entsprechenden Tatsachenvortrag gehalten hat.

30 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 Nachschusszahlungen 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.

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Entscheidung vom 29.01.2009 - 18 C 336/08 -
LG Berlin, Entscheidung vom 13.11.2009 - 53 S 84/09 -