BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 98/10

Verkündet am:
20. November 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2012 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 Revisionen der Klägerin und der Beklagten wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Rechtsmittel das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 3. Mai 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 181.368 € nebst Zinsen ab dem 28. September 2008 abgewiesen wurde und der Klägerin hinsichtlich des ausgeurteilten Betrags von 811.813,74 € Zinsen für den Zeitraum vor dem 28. September 2008 zuerkannt wurden.

Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil der Zivilkammer 19 des Landgerichts Berlin vom 29. Januar 2009 auf die Berufung der Beklagten unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 993.181,74 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. September 2008 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wurde im Jahr 1992 zu dem Zweck gegründet, in B. mehrere Wohnhäuser zu errichten und zu bewirtschaften. Die Beklagte und ihr im Laufe des Rechtsstreits verstorbener Ehemann, dessen Alleinerbin die Beklagte ist, traten der Gesellschaft im Dezember 1992 bei. Zuletzt betrug ihre Beteiligungsquote 7,5570 %.

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.

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

...

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 ...

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 Ver-

> trag 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.
>
> ...
>
> 5. Beschlüsse der Gesellschafter können außer in der Gesellschafterversammlung auch durch schriftliche Abstimmung gefasst werden. Zur Wirksamkeit solcher schriftlichen Beschlüsse genügt die in der Satzung oder im Gesetz vorgeschriebene Mehrheit.

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 aufgrund einer Beschlussvorlage vom 30. März 2007, über die die Gesellschafter bis zum 25. April 2007 abstimmen konnten, im schriftlichen Verfahren den Beschluss, die Fondsimmobilie zu einem Kaufpreis von mindestens 9.000.000 € zu veräußern. Mit Datum des dem notariellen Kaufvertrag nachfolgenden Tages sollte die Klägerin als aufgelöst gelten. Zum Liquidator wurde die B. GmbH bestellt. Der Beschluss wurde mit 98,4726 % der abgegebenen und 67,3886 % aller möglichen Stimmen angenommen. 1,5274 % der abgegebenen Stimmen richteten sich gegen die Beschlussvorlage oder enthielten sich.

4 Am 26. Oktober 2007 wurde die Immobilie zu einem Kaufpreis von 9.320.000 € verkauft. Zum 27. Oktober 2007 wurden eine Liquidationsbilanz sowie eine „Vermögensübersicht zur Liquidationseröffnung“ erstellt. Diese wiesen ein „negatives Kapital“ von 13.415.303,24 € aus. Zur Ermittlung des ersten vorläufigen Liquidationsverlusts wurde voraussichtlichen Ausfällen von Gesell-

schaftern Rechnung getragen und das „negative Kapital“ dementsprechend um 2.400.000 € auf einen Betrag von 15.815.303,24 € erhöht. In der Liquidationsbilanz ist hierzu erläutert, dass bei bestimmten - namentlich genannten - Gesellschaftern „die Bonität aufgrund vorliegender Erklärungen der Gesellschafter bzw. von deren Anwälten als schlecht zu bewerten“ sei. Auf dieser Grundlage und der Berücksichtigung einer Beteiligungsquote von 7,5570 % wurde eine Ausgleichszahlung der Beklagten und ihres verstorbenen Ehemanns in Höhe von 993.181,74 € ermittelt.

5 Mit Schreiben vom 23. November 2007 forderte die Klägerin die Beklagte und ihren verstorbenen Ehemann unter Fristsetzung bis zum 10. Dezember 2007 vergeblich zur Leistung ihres auszugleichenden Fehlbetrags auf.

6 Die Gesellschafterversammlung der Klägerin stimmte - nach Erhebung der Klage im vorliegenden Verfahren - im Umlaufverfahren in der mit Schreiben vom 12. September 2008 gesetzten Frist zur Stimmabgabe bis zum 27. September 2008 mit 51,14 % aller möglichen und 86,2253 % aller abgegebenen Stimmen dafür, die mit Schreiben vom 23. November 2007 versandte Vermögensübersicht zur Liquidationseröffnung zum 27. Oktober 2007 als Schlussbilanz zu genehmigen. Gleichzeitig wurde der Liquidator angewiesen, auf der Basis des ausgewiesenen Fehlbetrags der Gesellschaft in Höhe von 15.815.303,24 € die erforderlichen Nachschüsse einzufordern und die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern zu betreiben.

7 Der zunächst geschlossene Kaufvertrag vom 26. Oktober 2007 über die Immobilie konnte nicht durchgeführt werden. Nachdem daraufhin im Umlaufverfahren beschlossen worden war, das Grundstück zu einem Kaufpreis von min-

destens 7.000.000 € zu veräußern, schloss die Klägerin Anfang 2010 einen neuen Kaufvertrag zu einem Kaufpreis von ca. 7.800.000 €.

8 Das Landgericht hat der auf Zahlung von 993.181,74 € nebst Zinsen seit dem 11. Dezember 2007 gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten und ihres verstorbenen Ehemanns führte zur Abweisung der Klage in Höhe von 181.368 € nebst Zinsen. Im Übrigen hat das Berufungsgericht das Urteil bestätigt. Mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen wenden sich die Parteien gegen das Berufungsurteil, soweit zu ihrem Nachteil entschieden wurde.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Klägerin hat bis auf einen Teil des Zinsanspruchs Erfolg. Die im Übrigen erfolglose Revision der Beklagten führt lediglich hinsichtlich eines Teils des Zinsanspruchs zur Abweisung der Klage.

10 I. Das Berufungsgericht (KG, NZG 2010, 1102) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Der Klägerin stehe ein Zahlungsanspruch zumindest in Höhe von 811.813,74 € nebst Zinsen seit dem 11. Dezember 2007 gemäß § 735 Satz 1 BGB zu. Wegen des weitergehenden Betrags von 181.368 € nebst Zinsen, der der anteiligen Quote der Beklagten am voraussichtlichen Ausfallbetrag von 2.400.000 € entspreche, sei die Klage dagegen unbegründet.

12 Bei der Nachschussforderung handele es sich um einen Sozialanspruch der Gesellschaft, der - jedenfalls bei Publikumsgesellschaften wie der Klägerin - vom Liquidator geltend gemacht werden könne.

13 Der Beschluss vom 30. März 2007 über die Auflösung und Liquidation sei wirksam zustande gekommen. Die gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 16 Buchst. g) GV notwendige Mehrheit von ¾ der abgegebenen Stimmen, mindestens aber 51 % aller Gesellschafterstimmen sei unstreitig erreicht worden. Eine einstimmige Entscheidung sei nicht erforderlich gewesen, da jeder Gesellschafter durch die Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag antizipiert seine Zustimmung zur Fassung von Mehrheitsbeschlüssen gegeben habe. Die Auflösung sei in § 16 Buchst. g) GV ausdrücklich geregelt. Die gleichzeitig beschlossene Bestellung von Liquidatoren greife nicht in den Kernbereich der Mitgliedschaft ein.

14 Auch der Beschluss vom 12. September 2008 über die Liquidationsbilanz sei wirksam. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergebe, dass eine einfache Mehrheit ausgereicht habe. Der Beschluss halte auch der inhaltlichen Wirksamkeitsprüfung auf der zweiten Stufe stand. Der Wirksamkeit des Beschlusses stehe ferner nicht entgegen, dass über ihn im schriftlichen Verfahren abgestimmt worden sei.

15 Entgegen der Auffassung des Landgerichts dürfe aber in der Bilanz kein Betrag von 2.400.000 € für voraussichtliche Ausfälle von einzelnen möglicherweise insolventen Gesellschaftern zu Lasten der Beklagten eingestellt werden. Dadurch werde das gesetzliche Leitbild des § 735 Satz 2 BGB verletzt, das von der Nachrangigkeit der Ausfallhaftung ausgehe.

16 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand. Die Beklagte ist gemäß dem Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin, der im Umlaufverfahren mit Ablauf der im Schreiben vom 12. September 2008 gesetzten Frist für die Stimmabgabe am 27. September 2008 zustande gekommen ist, in Verbindung mit § 735 BGB zur Zahlung des von der Klägerin geforderten anteiligen Verlustausgleichs verpflichtet. In die Bilanz durfte ein Betrag von 2.400.000 € für voraussichtliche Ausfälle eingestellt werden. Ein Anspruch auf Zinsen steht der Klägerin allerdings erst ab dem 28. September 2008 zu.

17 1. Die Revision der Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als diese erst ab dem 28. September 2008 Zinsen zahlen muss. Im Übrigen sind die Angriffe der Revision der Beklagten gegen das Urteil des Berufungsgerichts unbegründet.

18 a) Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten konnte der Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 27. September 2008, die mit Schreiben vom 23. November 2007 versandte Vermögensübersicht zur Liquidationseröffnung zum 27. Oktober 2007 als Schlussbilanz zu genehmigen und den Liquidator anzuweisen, auf der Basis des ausgewiesenen Fehlbetrags der Gesellschaft in Höhe von 15.815.303,24 € die erforderlichen Nachschüsse einzufordern, mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Dies hat der Senat bereits mit Urteil vom 15. November 2011 (II ZR 266/09, BGHZ 191, 293) zu einem Beschluss entschieden, der auf der Grundlage eines in den hier erheblichen Bestimmungen identischen Gesellschaftsvertrags gefasst worden war.

19 aa) 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.

20 § 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.

21 (1) 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 Gesellschaftsvertrags 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; Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 16).

22 (2) Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags 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 mwN), ergibt, dass die Gesellschafter auch über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz nicht einstimmig, sondern mit einfacher Mehrheit der Stimmen entscheiden.

23 (aa) Dieser Beschlussgegenstand ist - anders als beispielsweise die Änderung des Gesellschaftsvertrags 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 Gesellschaftsvertrags und die Auflösung der Gesellschaft angeordnete qualifizierte Mehrheitserfordernis des § 17 Nr. 3 Satz 2 GV auch für die Beschlussfassung über die Auseinandersetzungsbilanz gelten sollte.

24 (bb) 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 mwN). Dieses Erfordernis besteht nach Auflösung der Gesellschaft in der Abwicklungsphase unverändert fort. Es sind 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 nicht ausgehen.

25 bb) Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten 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 mwN). 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 27. 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.

26 cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass mit der Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz darüber entschieden wird, ob die Gesellschaft von den Gesellschaftern Nachschüsse anfordert oder ob sie es auf die

Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter durch die Gläubiger der Gesellschaft ankommen lässt. Die Gesellschafter haben sich bereits mit dem Beschluss, die Gesellschaft aufzulösen, dafür entschieden, die Verbindlichkeiten der Klägerin aus deren Aktivvermögen und - soweit dieses nicht ausreicht - durch Nachschusszahlungen der Gesellschafter zu tilgen (§§ 733, 735 BGB).

27 Die Möglichkeit, dass die Gläubiger einzelne Gesellschafter unmittelbar in Anspruch nehmen, wird hierdurch nicht berührt.

28 b) Der Beschluss ist auch nicht deshalb materiell unwirksam, weil sich die Mehrheit der Gesellschafter mit der getroffenen Entscheidung unter Verstoß gegen die gesellschafterliche Treuepflicht über beachtenswerte Belange der Minderheit hinweggesetzt hätte.

29 aa) 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 Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 27. September 2008 über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz jedoch nicht zu.

30 bb) Anders als die Beklagte meint, verletzt der Beschluss über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz nicht deshalb treupflichtwidrig ihre Rechte, weil ihr die Möglichkeit genommen werde, Einwendungen gegenüber

der finanzierenden Bank geltend zu machen. Die Frage, ob der Beklagten - wie sie meint - gegen die Bank Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB zustehen, die sie ihrer persönlichen Inanspruchnahme wegen des gegen die Gesellschaft begründeten Darlehensrückzahlungsanspruchs als Einwendung entgegensetzen kann, 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. Sollte die Beklagte vor Tilgung der Darlehensschuld durch die Gesellschaft von der finanzierenden Bank analog § 128 HGB in Anspruch genommen werden, wird ihr die Geltendmachung etwaiger Einwendungen, die ihr im Verhältnis zur Bank zustehen, durch die von ihr geforderte Zahlung des Verlustausgleichs weder genommen noch erschwert. Wird die Darlehensschuld - nach Einforderung der Nachschüsse der Gesellschafter - von der Gesellschaft beglichen, bleibt es der Beklagten gleichfalls unbenommen, die von ihr angenommenen Schadensersatzansprüche gegen die finanzierende Bank dieser gegenüber geltend zu machen.

31 Die Beklagte hat 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.

32 c) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Geltendmachung der sich aus der Schlussabrechnung gegen die einzelnen Gesellschafter entsprechend ihrer Verlustbeteiligung ergebenden der Klägerin zustehenden Ansprüche auf Zahlung eines Nachschusses gemäß § 735 BGB als Teil der Abwicklung Aufgabe des Liquidators (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 45; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 149 Rn. 27). Dieser hat die jeweils geschuldeten Nachschusszahlungen grundsätzlich von allen Gesellschaftern einzufordern, hat diese gegebenenfalls zu verklagen und einen sich abweichend vom prognostizierten Ausfall ergebenden Überschuss an die Gesellschafter zu verteilen (BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 36).

33 d) Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 5. Januar 2012 geltend macht, sämtliche Forderungen der finanzierenden Bank seien nach Erlass des Berufungsurteils durch Tilgung oder Erlass im 4. Quartal 2010 erloschen und damit sei die Grundlage für den verlangten Nachschuss entfallen, kann dieses Vorbringen in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden.

34 e) Die Revision der Beklagten hat jedoch insoweit Erfolg, als der Klägerin Verzugszinsen ab dem 11. Dezember 2007 zugesprochen wurden. Der An-

spruch auf Nachschuss nach § 735 BGB wird im vorliegenden Fall erst mit dem Beschluss über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz fällig (vgl. Henssler/Strohn/Kilian, Gesellschaftsrecht, § 735 BGB Rn. 3; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 735 Rn. 2; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 735 Rn. 5 und § 730 Rn. 61). Der Beschluss ist hier mit Ablauf der Frist zur Stimmabgabe am 27. September 2008 nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage gefasst worden. Zinsen schuldet die Beklagte demnach aus § 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB analog (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519) erst ab dem 28. September 2008.

35 2. Die Revision der Klägerin hat bis auf einen Teil des Zinsanspruchs Erfolg.

36 Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht es für unzulässig erachtet, in der Auseinandersetzungsbilanz zu berücksichtigen, dass ein Teil der Gesellschafter nicht in der Lage sein wird, die jeweiligen Nachschussforderungen der Klägerin zu erfüllen. Die Berechnung der zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 733 BGB erforderlichen Nachschüsse der Gesellschafter auf der Grundlage der Prognose, dass in Höhe von 2.400.000 € Nachschüsse nicht zu erlangen sein werden, führt unter den festgestellten Umständen nicht zur Treuwidrigkeit des Beschlusses vom 27. September 2008. Die Berücksichtigung von voraussichtlichen Ausfällen verletzt auch nicht das gesetzliche Leitbild des § 735 Satz 2 BGB. Der Zinsanspruch ist allerdings erst ab dem 28. September 2008 begründet.

37 a) 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, 6. Aufl., § 426 Rn. 36).

38 b) Die Klägerin muss nicht darlegen, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe sie mit Nachschussforderungen gegen Gesellschafter konkret ausgefallen ist. 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 27. 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 27. September 2008 mehrheitlich gebilligten Liquidationsbilanz bei der Ermittlung des zur Berichtigung der Gesellschaftsverbindlichkeiten benötigten Betrages berücksichtigt worden ist, dass in Höhe von 2.400.000 € 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 (BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 28).

39 c) 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; K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 270, 296; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 149 Rn. 27, 29; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31 für die Personenhandelsgesellschaft), die das - zur Begleichung der Verbindlichkeiten und gegebenenfalls Rückerstattung von 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 Gesell-

schaftsvertrag 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 (BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 30).

40 d) Davon, dass der dem Beschluss vom 27. September 2008 zugrunde gelegte Ausfall von voraussichtlich 2.400.000 € auf unzutreffenden Grundlagen beruht oder unrealistisch ist, kann nicht ausgegangen werden. Der prognostizierte Ausfallbetrag basiert - wie vom erkennenden Senat in dem Urteil vom 15. November 2011 (aaO) gefordert - auf greifbaren Anhaltspunkten. In der Liquidationsbilanz zum 27. Oktober 2007 ist ausgeführt, dass bei verschiedenen Gesellschaftern die Bonität als schlecht zu bewerten sei. Der Ansatz des Ausfallbetrages beruht nach den Erläuterungen in einem nicht näher dargelegten Umfang auf Erfahrungswerten der Gläubigerbank und dieser vorliegenden Selbstauskünften der Gesellschafter. Bezüglich der einzelnen in die Liquidationsbilanz eingestellten namentlich benannten Gesellschafter beruht die Prognose auf Erklärungen der Gesellschafter bzw. ihrer Anwälte. Die Eigenauskunft des Gesellschafters bzw. seines Anwalts, dass er nicht über ausreichende Mittel verfügt, Zahlungen zu leisten, ist regelmäßig, sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, als Grundlage einer Ausfallprognose geeignet. Denn durch eine unrichtige Auskunft würden sich die betreffenden Gesellschafter selbst schädigen, weil jede Mehrung des prognostizierten Ausfallbetrags zugleich den von allen Gesellschaftern zu zahlenden vorläufigen Verlustausgleich erhöht und der Liquidator grundsätzlich verpflichtet ist, den Anspruch auch gegenüber denjenigen Mitgesellschaftern geltend zu machen, die bekundet ha-

ben, sie seien zur Zahlung nicht in der Lage. Der Umstand, dass der Liquidator auch gerichtlich gegen Mitgesellschafter vorgeht, deren voraussichtlicher Ausfall in die Prognose eingestellt worden war, macht die Behauptung der Klägerin entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung der Beklagten daher auch nicht unschlüssig, sondern ist Folge des pflichtgemäßen Vorgehens des Liquidators.

41 Aus einer Anlage zur Liquidationsbilanz ergibt sich, dass bei der Ermittlung des Ausfallbetrags von einer Gesamtforderung von 3.728.778,95 € ausgegangen worden war, die Gesellschafter betraf, die sich als vermögenslos bezeichnet hatten. Die tatsächliche Ausfallwahrscheinlichkeit wurde teils mit 75 %, teils mit 100 % und teils mit null bewertet. In der Summe wurde ein Ausfall von 2.400.000 € prognostiziert. Bei diesem Umfang wird die Prognose nicht dadurch untauglich, dass ein Gesellschafter doppelt, nämlich mit 94.707,24 € (100 %) und mit 71.030,43 € (75 %) berücksichtigt wurde.

42 Die Revisionserwiderung der Beklagten weist zwar darauf hin, dass die Beklagte die der Berechnung des Ausfallbetrags zugrundeliegenden Forderungen bestritten hätte. Hierbei verkennt sie aber schon im Ausgangspunkt, dass pauschales Bestreiten nicht ausreicht, vielmehr die Darlegungs- und Beweislast für die Treupflichtwidrigkeit der Mehrheitsentscheidung bei der Beklagten liegt (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; Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 31). Soweit die Beklagte mit der Berufungsbegründung vorgetragen hat, dass bei den Mitgesellschaftern I. und S. H. ein Ausfallrisiko nicht bestünde, ist dies bereits nicht ausreichend substantiiert und

zudem unerheblich. Es ist nicht entscheidend, ob im Zeitpunkt des Vortrags der Beklagten im Prozess ein Ausfallrisiko bestand, sondern ob im Zeitpunkt der Beschlussfassung greifbare Anhaltspunkte für einen zukünftigen Ausfall vorgelegen haben.

43 e) 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 inso-

weit zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung zuviel geleisteter Zahlungen zu keinem schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Minderheit, der die Berücksichtigung des zu erwartenden Zahlungsausfalls in der Liquidationsbilanz als treuwidrig erscheinen lassen könnte.

44 f) Hinsichtlich des Zinsanspruchs bleibt die Revision der Klägerin aus den oben unter II 1 e genannten Gründen ohne Erfolg, soweit sie Zinsen für den Zeitraum vor dem 28. September 2008 beansprucht hat.

45 III. Das Berufungsurteil war auf die Rechtsmittel der Parteien gem. § 562 Abs. 1 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht die Klage in Höhe von 181.368 € nebst Zinsen ab dem 28. September 2008 abgewiesen und der Klägerin hinsichtlich des ausgeurteilten Betrages von 811.813,74 € einen Anspruch auf Zinsen vor dem 28. September 2008 zuerkannt hat. Insoweit war gemäß § 563 Abs. 3 ZPO die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 993.181,74 € nebst Zinsen seit dem 28. September 2008

wiederherzustellen und die Klage unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils wegen des weitergehenden Zinsanspruchs abzuweisen. Die Kosten des Rechtsstreits waren gem. § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen.

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 29.01.2009 - 19 O 248/08 -
KG, Entscheidung vom 03.05.2010 - 23 U 47/09 -