



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 222/17

Verkündet am:
15. Mai 2018
Kirchgeßner,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Sunder, Dr. Bernau sowie die Richterin B. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 28. Juni 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung des Hauptantrags und des ersten Hilfsantrags zurückgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine in Liquidation befindliche Publikumsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG.
- 2 Der Beklagte trat der Klägerin mit Beitrittserklärung vom 2. Mai 2007 als Treugeberkommanditist mit einem Zeichnungsbetrag von 12.000 € zuzüglich 6 % Agio bei. Der Gesamtbetrag von 12.720 € war gemäß einer Zusatzverein-

barung in Form einer Kontoeröffnungszahlung von 3.720 € und monatlichen Raten in Höhe von je 100 € ab dem 1. Juni 2007 zu leisten.

3 Der Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) der Klägerin enthält u.a. folgende Regelungen:

„§ 4 Treugeberkommanditisten/Direktkommanditisten

- (1) Die in diesem Vertrag getroffenen Regelungen gelten nicht nur für direkt beitretende Kommanditisten, sondern auch analog für Anleger, die sich als Treugeberkommanditisten über die I. Treuhandgesellschaft mbH mittelbar an der Gesellschaft beteiligen. Die Treuhandkommanditistin erwirbt, hält und verwaltet die Kommanditanteile treuhänderisch jeweils anteilig für die Treugeberkommanditisten. Die Rechtsverhältnisse zwischen der Treuhandkommanditistin, dem jeweiligen Treugeberkommanditisten und den übrigen Gesellschaftern regelt der als Muster beigefügte Treuhandvertrag.
- (2) Für den wirksamen Beitritt zur Gesellschaft als Treugeberkommanditist sind die Beitrittserklärung und deren Annahme durch die Gesellschaft erforderlich.
- (3) Bei direkt eintretenden Kommanditisten wird der Beitritt zur Gesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam. Die Kosten der Eintragung sind vom eintretenden Gesellschafter zu tragen. Im übrigen gelten die Regelungen des Absatzes 1 analog.

[...]

§ 5 Beteiligung, Abschlussgebühr (Agio)

- (1) Der Kommanditist leistet die in der Beitrittserklärung vereinbarte Einlage. [...]

[...]

- (4) Gesellschafterkonten

Für jeden Kommanditisten werden folgende Kapitalkonten geführt:

[...]

§ 8 Gesellschafterversammlungen

[...]

(2) Die Gesellschafterversammlung wird durch einfachen Brief an jeden Gesellschafter [...] einberufen.“

4 Der Treuhandvertrag (im Folgenden: TrhV) zwischen dem Beklagten und der Treuhandkommanditistin enthält u.a. folgende Bestimmungen:

„§ 2 Gegenstand des Treuhandvertrages/Weitere Treugeber

(1) Der Treuhänder erhöht im Auftrag des Treugebers seinen Kommanditanteil an der Gesellschaft und hält ihn anteilig treuhänderisch im eigenen Namen, aber für Rechnung des Treugebers. Die Höhe des anteilig für den Treugeber gehaltenen Kommanditanteils bestimmt sich nach der durch den Treugeber entsprechend der Beitrittserklärung erfüllten Einzahlungsverpflichtung.

[...]

§ 3 Treuhandverhältnis am Kommanditanteil

(1) Im Außenverhältnis hält der Treuhänder seinen Kommanditanteil als einheitlichen Geschäftsanteil für alle Treugeber gemeinsam. Er tritt Dritten gegenüber in eigenem Namen auf. Dies gilt auch im Verhältnis zur Gesellschaft. Der Treuhänder übt die aus der Kommanditbeteiligung erwachsenden Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft im eigenen Namen, aber gemäß der Weisungen des Treugebers aus. Sofern der Treugeber keine Weisungen erteilt und seine Gesellschafterrechte nicht selbst ausübt, übt der Treuhänder die Gesellschafterrechte nach billigem Ermessen aus.

(2) Der Treuhänder handelt im Innenverhältnis zum Treugeber ausschließlich im Auftrag und für Rechnung des Treugebers.

§ 4 Abtretung, Ausübung der Kontrollrechte

- (1) Der Treuhänder tritt hiermit sämtliche Ansprüche aus dem treuhänderisch gehaltenen Kommanditanteil aus dem festzustellenden Jahresergebnis (Gewinn bzw. Verlust), die Entnahmen sowie dasjenige, was ihm im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft zusteht, in Höhe des Anteils des Treugebers an diesen ab. Der Treugeber nimmt diese Abtretung hiermit an. Der Treuhänder ist ermächtigt, die an den Treugeber abgetretenen Ansprüche aus dem Kommanditanteil im eigenen Namen für Rechnung des Treugebers einzuziehen.

- (2) Der Treugeber ist berechtigt, die dem Treuhänder nach dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft zustehenden Kontrollrechte selbst auszuüben. Will der Treugeber seine Kontrollrechte selbst ausüben, erteilt ihm der Treuhänder auf Verlangen eine entsprechende Vollmacht.

§ 5 Einzahlung der gezeichneten Einlage

- (1) Die Einzahlung der in der Beitrittserklärung vereinbarten Einlage zu Gunsten der Gesellschaft erfolgt durch den Treuhänder. Der Treugeber hat die in der Beitrittserklärung vereinbarte Einzahlung inkl. sechs (6) Prozent Agio auf das in der Beitrittserklärung und in § 1 dieses Vertrages genannte Konto des Treuhänders zu zahlen.

[...]

§ 6 Freistellung des Treuhänders

Der Treugeber stellt den Treuhänder bis zur Höhe der durch den Treugeber gezeichneten Einlage von allen Verbindlichkeiten frei, die bei der pflichtgemäßen Erfüllung dieses Treuhandvertrages und des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft in Zusammenhang mit der Übernahme, dem Halten und der Verwaltung der für seine Rechnung übernommenen Kommanditbeteiligung entstehen.

§ 7 Gesellschafterversammlungen, Gesellschafterbeschlüsse

- (1) Die Treugeber haben nach dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft das Recht, an den Gesellschafterversammlungen der Gesellschaft selbst teilzunehmen oder sich u.a. durch einen Bevollmächtigten anderen Gesellschafter vertreten zu lassen. Der Treuhänder erteilt dem Treugeber hiermit Vollmacht zur Wahrnehmung des Stimmrechts und aller weiteren Verwal-

tungsrechte eines Kommanditisten im Umfang des auf den Treugeber entfallenen Anteils an der Kommanditbeteiligung der Treuhandkommandistin.“

5 Mit Bescheid vom 6. Oktober 2011 ordnete die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 KWG die Abwicklung der Klägerin an, die sich seitdem in Liquidation befindet. Ab April 2012 leistete der Beklagte keine Ratenzahlungen mehr. Im Rechtsstreit hat er die Kündigung seiner Beteiligung aus besonderem Grund, insbesondere möglicherweise betrügerischen Verhaltens und unzureichender Risikoaufklärung, erklärt.

6 Die Klägerin, vertreten durch den nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler, hat den Beklagten auf Zahlung der Monatsraten ab April 2012 in Höhe von insgesamt 3.300 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zu ihren Gunsten eine Einlageforderung von 3.300 € nebst Zinsen einzustellen sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt sowie mit zweitem Hilfsantrag die Feststellung begehrt, dass zu ihren Gunsten in eine gegenüber der Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Treuhänders zu erstellende Auseinandersetzungsrechnung eine entsprechende Einlageforderung zu ihren Gunsten einzustellen sei. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Die Zurückweisung des zweiten Hilfsantrags wird von der Revision nicht angefochten.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten als Treugeberkommanditisten kein eigener Anspruch auf Leistung der Einlageraten zu, da der Beklagte nach der konkreten Vertragsausgestaltung nicht zur unmittelbaren Zahlung an die Klägerin verpflichtet und ihm durch die vertraglichen Vereinbarungen nicht die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters eingeräumt worden sei. Auch ein Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht des Treuhänders bzw. seiner Rechtsnachfolgerin bestehe nicht, weil der Beklagte bis zum Abwicklungsbescheid der BaFin sämtliche Ratenzahlungen erbracht habe und es dem Treuhänder ab dieser Anordnung unmöglich geworden sei, seinen Kommanditanteil bei der Klägerin gemäß dem Treuhandvertrag zugunsten des Beklagten entsprechend seiner Einlagezahlungen zu erhöhen. Damit sei der Beklagte von seiner Leistungspflicht gemäß §§ 275, 326 BGB frei geworden.

10 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

11 1. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann die Klägerin den Beklagten grundsätzlich unmittelbar aus eigenem Recht auf Leistung der Einlage in Anspruch nehmen.

12

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der gegen einen Treugeber gerichtete Anspruch auf Leistung der Einlage unmittelbar der Gesellschaft zusteht, wenn der Treugeber im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) hat bzw. haben soll. Aus dieser Stellung ergeben sich einerseits gegen die Gesellschaft bestehende Rechte der Treugeber; andererseits können gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen - wie die Verpflichtung zur Leistung der Einlage - im Innenverhältnis die Treugeber unmittelbar treffen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 16 f.; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 178/10, ZIP 2012, 2295 Rn. 13; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rn. 11; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 18 mwN).

13 Im Fall einer sogenannten offenen oder qualifizierten Treuhand, gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber, können die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschafterliches Innenverhältnis so gestalten, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 19 mwN). Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn - wie bei Publikumsgesellschaften häufig - die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vornherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind (BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 Rn. 14).

14 b) Ausgehend davon hat das Berufungsgericht jedoch fehlerhaft angenommen, dass dem Beklagten nach der hiesigen Vertragskonstruktion im In-

nenverhältnis keine Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafters) zukommt.

15 Wie der erkennende Senat nach Erlass der angefochtenen Entscheidung mit Urteilen vom 30. Januar 2018 (II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 15 ff.; II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 15 ff.) im Rahmen der ihm als Revisionsgericht obliegenden objektiven Auslegung (st. Rspr., BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 18 mwN) des Gesellschaftsvertrags der Klägerin zu den auch hier auszulegenden Regelungen und unter Berücksichtigung des Treuhandvertrags sowie der Beitrittserklärung der Klägerin entschieden hat, kommt den Treugeberkommanditisten danach aufgrund der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Verzahnung des Gesellschafts- und des Treuhandvertrags, im Innenverhältnis zu den anderen Treugebern, den Kommanditisten, der Komplementärin und der Klägerin die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) zu.

16 Von dieser Auslegung abzuweichen besteht kein Anlass.

17 2. Unzutreffend ist auch die weitere Begründung des Berufungsgerichts, der Anspruch der Klägerin auf Leistung der noch offenen Einlageforderung sei mit der Abwicklungsanordnung der BaFin gemäß § 38 KWG entfallen bzw. wegen Unmöglichkeit erloschen.

18 Die Abwicklungsanordnung wirkt gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 KWG wie ein gesellschafts- bzw. handelsrechtlicher Auflösungsbeschluss und führt zur Liquidation des Unternehmens. Der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler hat grundsätzlich die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellter Liquidator und damit u.a. die Aufgabe, rückständige Einlagen einzuziehen, wenn und soweit sie für die Durchführung der Liquidation, insbesondere für die Befriedigung der Gläubiger benötigt werden (vgl. BGH,

Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 43 f.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 34 f.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 33 f.).

19 Bei der noch offenen Einlageverpflichtung des Beklagten handelt es sich, um eine "rückständige" Einlage im Sinne der obigen Rechtsprechung, unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt der Abwicklungsanordnung bereits fällig war oder nicht. Die Einlageverpflichtung ist gemäß der Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung bereits mit der Zeichnung der Beteiligung durch den Beklagten in der gesamten Höhe von 12.720 € entstanden. Mit der Zusatzvereinbarung wurde dem Beklagten nur eine Ratenzahlung in Form einer Stundung gewährt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 40; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 36 f.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 35 f.). Anderes ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV, der lediglich die gesellschaftsinterne Beteiligung des Treugebers im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 39; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 38).

20 Die Einforderung der rückständigen Einlage stellt auch kein neues, werbendes Geschäft dar, das der Klägerin ab dem Zeitpunkt der sofort vollziehbaren Abwicklungsanordnung gemäß § 38 KWG, § 149 HGB grundsätzlich untersagt wäre. Es handelt sich lediglich um die Abwicklung der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen, die zudem dem geänderten, der Abwicklungsanordnung entsprechenden Gesellschaftszweck der Liquidation dienen soll (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 39; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 40 f.).

21 Aus diesem Grund entfällt die Leistungspflicht des Beklagten auch nicht - wie das Berufungsgericht meint - wegen Unmöglichkeit gemäß § 326 Abs. 1, § 275 Abs. 1 BGB, weil es der Klägerin aufgrund des behördlichen Verbots untersagt wäre, "neue" Einlagen entgegenzunehmen und die Kommanditanteile der Anleger in der Liquidation vertragsgemäß entsprechend zu erhöhen. Da sich der Gesellschaftszweck mit der Abwicklungsanordnung von der werbenden Tätigkeit in eine Liquidation geändert hat, kann der Treugeber die Leistung seiner Einlage nicht mehr von der Erbringung der für die werbende Tätigkeit zugesagten Gegenleistung abhängig machen, sondern hat seine Einlage zu leisten, soweit sie für die Abwicklung erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 48; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 42).

22 III. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

23 1. Der Einwand des Beklagten, es könne keine offene Einlageforderung der Klägerin gegen ihn geben, weil sein Anteil an der Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV immer nur in Höhe seiner bereits erfüllten Einzahlungsverpflichtung erhöht werde und dementsprechend darüber hinaus auch keine Einlageverpflichtung bestehe, greift nicht. Wie bereits ausgeführt, betrifft die in § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV vorgesehene anteilige Erhöhung der Beteiligung des Treugebers an der Gesellschaft nicht die vertragliche Einlageverpflichtung des Beklagten gegenüber der Klägerin, sondern nur seine gesellschaftsinterne Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern.

24 2. Die vom Beklagten erklärte Kündigung der Beteiligung lässt seine Zahlungspflicht ebenfalls nicht entfallen.

- 25 Eine Kündigung der Beteiligung aus wichtigem Grund ist ebenso wie eine Anfechtung der Beteiligung wegen Arglist in der Liquidation der Gesellschaft ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 55). Bei Auflösung der Gesellschaft vor der Anfechtung des Gesellschafters, ist es nicht mehr erforderlich, ihm das Ausscheiden durch außerordentliche Kündigung (als Ersatz für die ihm eigentlich zustehende Auflösungsklage) zu ermöglichen. Darüber hinaus verbietet das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation ein gesondertes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinandersetzungsverfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 - II ZR 41/78, NJW 1979, 765). Entsprechendes gilt für die Kündigung der Beteiligung aus wichtigem Grund.
- 26 3. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann ein Zahlungsanspruch der Klägerin auch nicht mit der Begründung verneint werden, der Einzug der noch offenen Einlage sei zu Abwicklungszwecken nicht erforderlich.
- 27 a) Grundsätzlich dürfen ausstehende Einlagen im Rahmen der Liquidation einer Fondsgesellschaft zwar nur eingefordert werden, wenn und soweit dies zur Durchführung der Abwicklung, d.h. für die Befriedigung der Gläubiger oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten erforderlich ist. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der eingeforderte Betrag für die Abwicklung nicht benötigt wird, obliegt dem Gesellschafter. Der Liquidator hat jedoch die insoweit bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzustellen, soweit nur er dazu imstande ist; er hat im Einzelnen darzulegen, wozu die eingeforderten Beträge im Rahmen der Abwicklung benötigt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Erforderlichkeit ist der Schluss der mündlichen Verhandlung, so dass auch eine etwaige positive Entwicklung der Liquiditätssituation im Laufe des Verfahrens zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 58 ff.; Urteil vom 30. Januar 2018

- II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 54 ff.; Urteil vom 30. Januar 2018
- II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 41 ff.).

28 b) Feststellungen des Berufungsgerichts zur Erforderlichkeit des Einzugs zu Abwicklungszwecken liegen indes - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht vor.

29 Ob die Frage der Erforderlichkeit des Einzugs aufgrund des von der Klägerin im Revisionsverfahren mitgeteilten Gesellschafterbeschlusses vom 15. Mai 2017 über die Beauftragung des Abwicklers mit der Einziehung anders zu beurteilen wäre, bedarf hier keiner Entscheidung. Die Voraussetzungen, unter denen trotz § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausnahmsweise nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingetretene neue Tatsachen zu berücksichtigen sein können (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 Rn. 21; Urteil vom 8. November 2016 - II ZR 304/15, BGHZ 212, 342 Rn. 18 mwN), liegen nicht vor.

30 c) Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass der Klägerin auch bei fehlender Erforderlichkeit der Einlage zu Abwicklungszwecken ein Anspruch auf Zahlung der offenen Einlage zum Ausgleich unter den Gesellschaftern zustehen könnte.

31 Wie der Senat mit Urteilen vom 30. Januar 2018 (II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 67 ff.; II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 68 ff. und II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 57 ff.) entschieden hat, ist der Abwickler jedenfalls bei einer Publikums-KG auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern befugt, sofern keine anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelung existiert.

32 Eine Einforderung rückständiger Einlagen zum Ausgleich zwischen den Gesellschaftern kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Regelfall allerdings erst dann in Betracht, wenn und soweit ein im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung zu erstellender Ausgleichungsplan einen Passivsaldo zu Lasten des in Anspruch genommenen Gesellschafters aufweist. Das gilt grundsätzlich auch im Fall einer Publikumsgesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 82; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 74 mwN).

33 Ob und inwieweit hier eine solche Auseinandersetzungsrechnung bzw. ein solcher Ausgleichungsplan bisher aufgestellt worden ist und ob sich daraus ein Passivsaldo des Beklagten ergibt, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

34 IV. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

35 1. Über einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der noch offenen Einlage zum Zwecke der Abwicklung der Gesellschaft vermag der Senat mangels Feststellungen des Berufungsgerichts zur Erforderlichkeit der Einlagen nicht abschließend zu entscheiden. Dem Berufungsurteil sind auch keine Angaben zu entnehmen, die dem Senat insoweit eine eigene Beurteilung ermöglichen würden.

36 2. Entsprechendes gilt für die Erstellung eines Ausgleichungsplans und eines sich daraus ergebenden PassivsalDOS der Beklagten im Hinblick auf einen etwaigen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der rückständigen Einlage zur Durchführung des Gesellschafterausgleichs. Dass ein solcher Ausgleichungs-

plan hier ausnahmsweise entbehrlich wäre (vgl. dazu BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 84 mwN), ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht ersichtlich.

37 3. Hinsichtlich der von der Revision nicht angefochtenen Abweisung des in der Berufungsinstanz gestellten zweiten Hilfsantrags weist der Senat darauf hin, dass diese Entscheidung des Berufungsgerichts unter der auflösenden Bedingung steht, dass dem Haupt- und dem ersten Hilfsantrag der Klägerin nicht stattgegeben wird. Sie wird daher gegenstandslos, wenn das Berufungsgericht einem dieser Anträge stattgeben sollte (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1988 - IVa ZR 209/87, BGHZ 106, 219, 220 ff.; Urteil vom

38 26. September 1990 - IV ZR 131/89, BGHZ 112, 229, 232; Urteil vom
29. Juni 2000 - I ZR 29/98, NJW-RR 2001, 620, 622; Urteil vom 16. März 2009
- II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 Rn. 35; Beschluss vom 13. September 2016
- VII ZR 17/14, NJW 2017, 1180 Rn. 15).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

Grüneberg

Vorinstanzen:

AG Speyer, Entscheidung vom 27.09.2016 - 31 C 199/16 -

LG Frankenthal, Entscheidung vom 28.06.2017 - 2 S 260/16 -