



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 184/19

Verkündet am:  
23. Februar 2021  
Ginter  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 167 Abs. 3

- a) Eine im Zeitpunkt des Ausscheidens eines Kommanditisten noch offene Einlageverpflichtung ist grundsätzlich unabhängig von ihrer Fälligkeit eine rückständige Einlage im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB. Daran ändert sich nichts, wenn der Gesellschaftsvertrag, nach dem ein Teil der Pflichteinlage bar geleistet und der andere Teil mit ausschüttungsfähigen Gewinnen verrechnet werden sollte, dahin geändert wird, dass ein Teil der noch offenen Pflichteinlage fällig wird, wenn sie durch die Geschäftsführung schriftlich eingefordert wird, und der Rest der Pflichteinlage eingefordert werden kann, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird.
- b) Eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrags einer Kommanditgesellschaft kann mit der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Mehrheit beschlossen werden und ist keine Beitragserhöhung, die der Zustimmung des Kommanditisten bedarf.

BGH, Urteil vom 23. Februar 2021 - II ZR 184/19 - OLG München  
LG München II

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg sowie die Richter V. Sander und Dr. von Selle im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 9. Februar 2021 eingereicht werden konnten,

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 31. Juli 2019 wird, soweit sie sich gegen die Abweisung ihres Hilfsantrags auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter zu ermittelnden negativen Abfindungsguthabens richtet, als unzulässig verworfen. Die weitergehende Revision der Klägerin und die Revision der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 auferlegt.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 7.340 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, ein Filmfonds in Form einer Publikums-KG, nimmt die Beklagte als ehemalige Kommanditistin auf Zahlung eines Abfindungsfehlbetrags in Anspruch.

2 Die Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 25. November 2003 als Direktkommanditistin mit einer Zeichnungssumme von 50.000 € zzgl. 3 % Agio an der Klägerin. Gemäß § 4 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags in der im Beitrittszeitpunkt geltenden Fassung (im Folgenden: GV aF) leistete sie zunächst nur 54 % der Zeichnungssumme zuzüglich Agio; die restlichen 46 % sollten in einem Betrag durch Verrechnung mit ausschüttungsfähigen Gewinnen erbracht werden. § 4 Nr. 3 GV aF lautete:

"3. Kommanditeinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten:

Die Pflichteinlage eines Treugebers oder Direktkommanditisten beträgt mindestens EUR 15.000,00 zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % der Pflichteinlage und muss durch 5.000 teilbar sein. Die Treugeber und Direktkommanditisten sind verpflichtet, 54 % der Pflichteinlage zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen als Bareinlage zu leisten. 46 % der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn die Treugeber und Direktkommanditisten diesen Betrag in voller Höhe aus erwirtschafteten und zur Ausschüttung anstehenden Gewinnen der Gesellschaft leisten können. Sobald in dieser Höhe ausschüttungsfähige Gewinne zur Verfügung stehen, werden diese mit dem ausstehenden Teil der Pflichteinlage in gleicher Höhe verrechnet. Die Pflichteinlagen sind feste Kapitalanteile. Direktkommanditisten werden jeweils mit 103 % der Pflichteinlage ... als Haftsumme im Handelsregister eingetragen.

...

Eine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen oder sonstiger die Pflichteinlage zuzüglich Agio übersteigenden Zahlungen oder zur Teilnahme an Kapitalerhöhungen, die die übrigen Gesellschafter und Treugeber beschließen, besteht nicht. Dies gilt auch im Fall vorheriger vertragsgemäßer Entnahmen, die nicht durch Gewinne gedeckt sind, so daß in dieser Weise

zurückbezahlte Kapitaleinlagen nicht als Pflichteinlagen wieder einzulegen sind."

3 Am 24. Juli 2012 beschloss die Gesellschafterversammlung, § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 wie folgt zu ersetzen:

"6 % der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn sie durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft schriftlich eingefordert werden; der Rest der ausstehenden Pflichteinlage kann nur zinslos eingefordert werden, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird."

4 Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 stellte die Klägerin 6 % der Pflichteinlage fällig und forderte die Beklagte zur Einzahlung von 3.000 € auf. Die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach und schied nach ordentlicher Kündigung ihrer Beteiligung zum 31. Dezember 2014 aus der Klägerin aus.

5 Die Klägerin hat die Beklagte mit der Behauptung, der unter Einbezug der Nachforderung von 3.000 € auf den 31. Dezember 2014 ermittelte Abfindungsfehlbetrag der Beklagten betrage 7.340 €, auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, dass die gegenüber der Beklagten geltend gemachte Einlageforderung in Höhe von 3.000 € im Rahmen der Berechnung des Abfindungsguthabens der Beklagten als unselbständiger Rechnungsposten zu ihren - der Klägerin - Gunsten zu berücksichtigen ist. Für den Fall, dass das Gericht von der Anwendbarkeit der in § 23 Nr. 6 GV enthaltenen Schiedsgutachterklausel zur Ermittlung der Höhe des Abfindungsguthabens ausgehen sollte, hat sie außerdem hilfsweise beantragt, entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Einholung des Gutachtens zu setzen.

6 Das Landgericht hat den Zahlungsantrag wegen der von der Beklagten erhobenen Schiedsgutachtereinrede unter Ablehnung der von der Klägerin hilfsweise beantragten Fristsetzung als derzeit unbegründet und den Hilfsfeststellungsantrag mangels Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin ihre erstinstanzlichen Schlussanträge weiterverfolgt sowie außerdem hilfsweise die Feststellung beantragt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an sie das durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer München zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter zu ermittelnde negative Abfindungsguthaben zu zahlen. Das Berufungsgericht hat dem Hilfsantrag auf Feststellung einer Einlageforderung von 3.000 € als Rechnungsposten in die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens stattgegeben und die Berufung der Klägerin im Übrigen mit der Klarstellung zurückgewiesen, dass die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen bleibt.

7 Mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen verfolgen beide Parteien ihre Berufungsanträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

8 Beide Revisionen sind aufgrund der unbeschränkten Zulassung durch das Berufungsgericht statthaft. Die Revision der Klägerin ist hinsichtlich ihres Hilfsantrags auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des durch einen Schiedsgutachter ermittelten Abfindungsguthabens unzulässig, im Übrigen unbegründet. Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

9 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

10           Der Zahlungsantrag der Klägerin sei derzeit unbegründet, weil es entscheidungserheblich auf die Höhe des Abfindungsguthabens ankomme und die Klägerin deshalb vor Klageerhebung nach § 23 Nr. 6 GV ein Schiedsgutachten zur Höhe dieses Guthabens habe einholen müssen.

11           Die Beklagte habe ein möglicherweise negatives Abfindungsguthaben nach der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV nur bis zu einem Betrag von 3.000 € auszugleichen, da nur noch in dieser Höhe eine gemäß § 167 Abs. 3 HGB "rückständige Einlage" der Beklagten bestehe. Bei der Verrechnungsregel in § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 bis 4 GV aF habe es sich lediglich um eine Fälligkeitsregelung gehandelt, mit der 46 % der Pflichteinlage bis zur Erwirtschaftung ausschüttungsfähiger Gewinne in entsprechender Höhe gestundet worden seien. Nach der Zahlung von 54 % der Pflichteinlage habe daher eine noch offene Einlageforderung in Höhe von 46 %, d.h. 23.000 € bestanden. Mit der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV seien weitere 6 % der Pflichteinlage, d.h. 3.000 € fällig gestellt worden, so dass es sich auch in dieser Höhe um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB handele. Anderes gelte jedoch hinsichtlich der restlichen 40 % der Pflichteinlage. Mit der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV sei § 167 Abs. 3 HGB dahingehend abbedungen worden, dass Rückständigkeit im Sinne dieser Vorschrift nur insoweit gegeben sein solle, als die Zahlung des noch ausstehenden Teils der Pflichteinlage durch einen Gesellschafterbeschluss verlangt, d.h. fällig gestellt werde.

12           Über die demnach entscheidungserhebliche Höhe des Abfindungsguthabens habe nach § 23 Nr. 6 GV ein Schiedsgutachten eingeholt werden müssen. Dass die Beklagte die Schiedsgutachtereinrede erstmals im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht habe, sei nicht treuwidrig.

- 13            Der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung eines durch einen Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter ermittelten negativen Abfindungsguthabens sei wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig, ihr weiterer Hilfsfeststellungsantrag auf Berücksichtigung einer Einlageforderung der Klägerin in Höhe von 3.000 € in der Berechnung des Abfindungsguthabens der Beklagten nach den obigen Ausführungen dagegen zulässig und begründet.
- 14            Die Entscheidung des Landgerichts sei danach hinsichtlich des zweiten Hilfsantrags abzuändern. Im Übrigen sei die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und bleibe die Klage insgesamt als derzeit unbegründet abgewiesen, da einer teilweisen Abweisung als endgültig unbegründet § 528 Satz 2 ZPO entgegenstehe.
- 15            II. Die Entscheidung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.
- 16            1. Die Beklagte wendet sich ohne Erfolg gegen die Zulässigkeit der Berufung. Ihre Rüge, es fehle an einer ordnungsgemäßen Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 ZPO), weil die die Begründungsschrift unterzeichnende Rechtsanwältin M.            keine Prozessvollmacht besessen habe, greift nicht durch, da die Klägerin die Einreichung der Berufungsbegründung durch die Rechtsanwältin M.            jedenfalls rückwirkend genehmigt hat.
- 17            Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Geschäftsführer der Komplementärin der Klägerin die bisherige Prozessführung der für die Klägerin handelnden Rechtsanwälte in der Berufungsverhandlung ausdrücklich genehmigt. Diese tatbestandliche Feststellung in den Gründen der angefochtenen Entscheidung liefert gemäß § 314 Satz 1 ZPO Beweis für die Erteilung einer rückwirkenden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1990 - V ZR 329/89, NJW 1991,

1175, 1176) mündlichen Genehmigung gemäß § 89 Abs. 2 ZPO. Dass das Protokoll der mündlichen Verhandlung hierzu keine Angaben enthält, nimmt der tatbestandlichen Beurkundung in der angefochtenen Entscheidung nicht die Beweiskraft. Eine Entkräftung der tatbestandlichen Beweiskraft durch das Sitzungsprotokoll (§ 314 Satz 2 ZPO) setzt voraus, dass die Feststellungen im Protokoll ausdrücklich oder doch unzweideutig dem Tatbestand widersprechen; Lücken des Protokolls oder sein Schweigen über bestimmte Vorgänge reichen hierfür nicht (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - III ZR 208/12, NJW-RR 2013, 1335 Rn. 5 mwN).

18 Die erteilte Genehmigung erstreckt sich nach der Feststellung des Berufungsgerichts uneingeschränkt auf die bisherige Prozessführung sämtlicher für die Klägerin handelnden Rechtsanwälte. Sie erfasst damit auch die Unterzeichnung und Einreichung der Berufungsbegründungsschrift durch die Rechtsanwältin M. . Dass sich die vom Geschäftsführer der Komplementärin in der mündlichen Verhandlung außerdem zu Protokoll erteilte Prozessvollmacht laut Protokoll nur auf die in der Verhandlung anwesenden Rechtsanwälte, d.h. die Rechtsanwälte Ma. und H. , bezog, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Anhaltspunkte dafür, dass die - von der Vollmachtserteilung zu unterscheidende - rückwirkende Genehmigung bisheriger Prozesshandlungen für die Klägerin nur für die Tätigkeit der Rechtsanwälte Ma. und H. gelten sollte, werden von der Beklagten nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich.

19 2. Die Revision der Klägerin gegen die Abweisung ihres Hauptantrags auf Zahlung eines negativen Abfindungsguthabens in Höhe von 7.340 € nebst Zinsen als derzeit unbegründet hat keinen Erfolg. Die Klägerin wendet sich zwar zu Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, sie könne die Beklagte nur noch bis zur Höhe eines Betrags von 3.000 € auf Ausgleich eines negativen



Kapitalkontos in Anspruch nehmen. Das verhilft ihrer Revision aber nicht zum Erfolg, da das Berufungsgericht den Zahlungsantrag - trotz seiner gegenteiligen Auffassung - im Ergebnis zutreffend in voller Höhe, d.h. auch hinsichtlich des 3.000 € übersteigenden Betrags, als derzeit unbegründet abgewiesen belassen hat.

20 a) Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass die Klägerin die Beklagte aufgrund des Gesellschaftsvertrags i.V.m. § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, §§ 735, 738, 739 BGB gemäß § 167 Abs. 3 HGB nur bis zur Höhe ihrer "rückständigen Einlage" auf Ausgleich eines negativen Kapitalkontos in Anspruch nehmen kann.

21 Der Einwand der Klägerin, die Beschränkung des § 167 Abs. 3 HGB sei nicht anwendbar, weil in § 8 Nr. 3 GV eine weitergehende Verlustbeteiligung der Gesellschafter vereinbart worden sei, trifft nicht zu. § 167 Abs. 3 HGB ist zwar dispositiv (vgl. Staub/Casper, HGB, 5. Aufl., § 167 Rn. 28 mwN). § 8 GV enthält jedoch keine Erweiterung der Verlustbeteiligung über § 167 Abs. 3 HGB hinaus. Diese Feststellung kann der Senat selbst treffen, weil Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften nach ihrem objektiven Erklärungsbefund nur anhand des schriftlichen Vertrags auszulegen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rn. 13; Urteil vom 16. Februar 2016 - II ZR 348/14, ZIP 2016, 518 Rn. 13; Urteil vom 11. September 2018 - II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rn. 17; jeweils mwN). § 8 GV lautet:

"§ 8 Gesellschafterkonten

1. Die Gesellschaft unterhält für jeden Gesellschafter ein festes Kapitalkonto (Kapitalkonto I) und ein variables Beteiligungskonto (Kapitalkonto II). ...

2. Das Kommanditkapital jedes Gesellschafters und Treugebers (Nominalbetrag der Pflichteinlage) wird auf dem festen Kapitalkonto des jeweiligen Gesellschafters und Treugebers (Kapitalkonto I) gebucht. ...
3. Die Gesellschafter und Treugeber sind am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen der Gesellschaft im Verhältnis der Kapitalkonten I unter Berücksichtigung der weiteren Bestimmungen dieses Vertrages beteiligt."

22            Aus § 8 Nr. 3 i.V.m. Nr. 2 Satz 1 GV folgt zwar, dass sich die Verlustbeteiligung der Gesellschafter nach dem auf dem Kapitalkonto I eingebuchten Nominalbetrag der Pflichteinlage richtet, ohne dass es darauf ankommt, inwieweit noch eine rückständige Einlage im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB besteht. Diese Regelung betrifft jedoch nur das Verhältnis der internen Gewinn- und Verlustbeteiligung der Gesellschafter. Dass die Kommanditisten darüber hinaus entgegen § 167 Abs. 3 HGB auch verpflichtet sein sollten, ein aufgrund von Verlustzuschreibungen nach § 8 Nr. 3 GV negatives Kapitalkonto durch Nachzahlungen während der bestehenden Gesellschaft oder nach ihrer Beendigung auszugleichen, ergibt sich daraus nicht. Eine solche Nachschussverpflichtung bedürfte einer klaren und eindeutigen Regelung, um nicht gegen § 707 BGB zu verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1982 - II ZR 241/81, NJW 1983, 164; Urteil vom 28. November 1994 - II ZR 240/93, NJW-RR 1995, 226, 227). Die hier vorliegende bloße Verlustbeteiligungsklausel entsprechend fester Kapitalkonten reicht dafür nicht aus (vgl. OLG Karlsruhe, ZIP 1986, 916, 917 ff.). Zudem widerspricht die Annahme einer Nachschussverpflichtung der ausdrücklichen Regelung in § 4 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 GV, der zufolge eine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen oder sonstiger die Pflichteinlage zuzüglich Agio übersteigender Zahlungen nicht besteht.

- 23                    b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, eine "rückständige Einlage" der Beklagten im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB bestehe nach der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV nur noch in Höhe von 3.000 €. Vielmehr handelt es sich bei dem gesamten Betrag von 23.000 €, den die Beklagte auf ihre Zeichnungssumme von 50.000 € noch nicht geleistet hat, um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB.
- 24                    aa) Die Beklagte hat sich mit ihrer Beitrittserklärung i.V.m. § 4 Nr. 3 GV aF zur Leistung einer Pflichteinlage in Höhe der gesamten Zeichnungssumme von 50.000 € verpflichtet.
- 25                    Dass die Gesellschafter nach § 4 Nr. 3 Satz 2 bis 4 GV aF nur 54 % des Zeichnungsbetrags als Geldeinlage zu leisten hatten und die restlichen 46 % erst fällig werden sollten, wenn dieser Betrag aus erwirtschafteten und ausschüttungsfähigen Gewinnen geleistet werden konnte, ändert nichts an ihrer Gesamtverpflichtung in Höhe des vollen Zeichnungsbetrags. Wie auch das Berufungsgericht ausgeführt hat, handelte es sich bei § 4 Nr. 3 Satz 2 bis 4 GV aF lediglich um eine Fälligkeitsregelung, mit der der nicht als Geldeinlage zu leistende Anteil von 46 % des Zeichnungsbetrags zunächst gestundet wurde. Das ergibt sich bei objektiver Auslegung aus Sicht eines durchschnittlichen Anlegers (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rn. 18) bereits aus dem Wortlaut der Klausel, wonach die restlichen "46 % der Pflichteinlage ... fällig" werden sollten, wenn die Gesellschafter diesen Betrag aus erwirtschafteten und ausschüttungsfähigen Gewinnen leisten konnten, die dann mit dem "ausstehenden Teil der Pflichteinlage" verrechnet werden sollten. Eine Auslegung der Regelung im Sinne einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) dahingehend, dass eine weitere Einlageverpflichtung hinsichtlich

46 % des Zeichnungsbetrags nur bei Erzielung entsprechender ausschüttungsfähiger Gewinne entstehen sollte, kommt angesichts der ausdrücklichen Bezeichnung der restlichen 46 % als ausstehender Teil der Pflichteinlage nicht in Betracht.

26            Das gilt auch dann, wenn der Gesellschafter - wie hier - vor Erwirtschaftung ausreichender ausschüttungsfähiger Gewinne und damit vor Fälligkeit der restlichen 46 % der Pflichteinlage aus der Gesellschaft ausscheiden sollte. Eine Unterscheidung zwischen in der Gesellschaft verbleibenden und aus ihr ausscheidenden Gesellschaftern ist dem Wortlaut von § 4 Nr. 3 GV aF nicht zu entnehmen. Sie ergibt sich auch nicht aus den übrigen gesellschaftsvertraglichen Regelungen. Zwar bestimmt § 23 Nr. 3 GV, dass der Gesellschaftsanteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern oder Treugebern im Verhältnis ihrer Beteiligungen anwächst, so dass die nicht als Bareinlage zu leistende Pflichteinlage für diesen Anteil weiterhin durch Verrechnung mit Gewinnen (der übrigen Gesellschafter) erbracht werden könnte. Das rechtfertigt bei interessengerechter Auslegung aber nicht die Annahme, dass der Ausscheidende nicht mehr zur Leistung dieses Teils der Pflichteinlage verpflichtet sein sollte. Mit dem Ansatz des Verkehrswerts seiner Beteiligung in der Auseinandersetzungsrechnung gemäß § 23 Nr. 6 GV erhält der Ausscheidende von der Gesellschaft einen Ausgleich für den in diesem Anteil verkörperten Wert des Anspruchs auf mögliche künftige Gewinnausschüttungen, für den er sich im Gegenzug mit seinem Beitritt zur Leistung der gesamten Pflichteinlage verpflichtet hat und bei einem Verbleib in der Gesellschaft auch noch die restliche Pflichteinlage mittels zu verrechnender Gewinne erbringen müsste. Ein Grund, warum ihm die Gesellschaft diesen Wert bei seinem Ausscheiden unter Verzicht auf die dafür ursprünglich vereinbarte Gegenleistung zukommen lassen sollte, ist nicht ersichtlich.

27           bb) Die Beklagte hat ihre demnach geschuldete Pflichteinlage von 50.000 € bislang nur zu 54 %, d.h. in Höhe von 27.000 €, erbracht, so dass eine noch offene Einlageforderung in Höhe von 23.000 € besteht.

28           Der Einwand der Beklagten, ihre Einlageverpflichtung sei bereits vor dem Beschluss vom 24. Juli 2012 vollständig erfüllt worden, weil die Klägerin Fremddarlehen in Höhe von 46 % des gesamten Fondskapitals aufgenommen und mit ausschüttungsfähigen Gewinnen zurückgeführt habe, trifft nicht zu.

29           (1) Die Beklagte macht geltend, dass nach dem Prospekt eine Fremdfinanzierung des Fonds in Höhe von 46 % der Kommanditeinlagen bis zum Jahr 2009 vorgesehen gewesen sei und nach einer Auskunft des Beirats im Jahr 2011 sämtliche von der Klägerin hierfür aufgenommenen Darlehen aus erwirtschafteten und ausschüttungsfähigen Gewinnen zurückgeführt worden seien. Damit, so die Beklagte, seien ausschüttungsfähige Gewinne in Höhe von 46 % ihrer Pflichteinlage zur Ablösung der Darlehen verwendet worden. Nach den tatsächlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sei daher eine Verrechnung der Gewinne mit ihrer ausstehenden Pflichteinlage erfolgt und diese damit vollständig erbracht.

30           (2) Das trifft nicht zu. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte die restliche Pflichteinlage der Beklagten nicht mit fremden Mitteln finanziert werden, sondern durch Verrechnung mit ihr zustehenden ausschüttungsfähigen Gewinnansprüchen. Die Fremdfinanzierung sollte dagegen nur auf der Ebene der Gesellschaft "projektbezogen" erfolgen, um die durch die Stundung von 46 % der Pflichteinlagen bestehende Lücke im Kapitalbedarf der Gesellschaft zu decken. Die Rückführung dieser Darlehen mit von der Gesellschaft erwirtschafteten Erträgen stellt keine gleichzeitige Verrechnung mit Gewinnansprüchen der Beklagten im Sinne von § 4 Nr. 3 GV aF dar. Die Annahme der Beklagten, dass diese

Erträge eigentlich an sie hätten ausgeschüttet werden müssen, so dass ihre Verwendung zur Rückführung von Darlehen der Klägerin als verkürzte Verrechnung mit ihrer restlichen Einlageschuld anzusehen sei, trifft bereits deshalb nicht zu, weil die Erträge nicht als Gewinne ausschüttungsfähig waren, wenn sie noch zur Tilgung von Darlehen der Gesellschaft benötigt wurden.

31 cc) Bei der demnach noch offenen Einlageverpflichtung der Beklagten in Höhe von 23.000 € handelt es sich insgesamt um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB. Das gilt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch nach der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV.

32 (1) Eine im Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters noch offene Einlageverpflichtung stellt grundsätzlich unabhängig von ihrer Fälligkeit eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB dar (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 892 Rn. 36). Dementsprechend hat das Berufungsgericht auch zu Recht angenommen, dass die Beklagte jedenfalls unter der Geltung von § 4 Nr. 3 GV aF trotz der darin enthaltenen Fälligkeitsvereinbarung gemäß § 167 Abs. 3 HGB bis zur vollen Höhe ihrer noch nicht erbrachten Pflichteinlage, d.h. bis zum Betrag von 23.000 €, zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos verpflichtet war.

33 (2) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts hat sich an diesem Umfang der Verlusthaftung der Beklagten durch die am 24. Juli 2012 beschlossene Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV nichts geändert.

34 (a) Der Beschluss vom 24. Juli 2012 ist allerdings wirksam, auch wenn die Beklagte - wie sie im Rahmen ihrer Revision geltend macht - ihm nicht zugestimmt hat. Der Beschluss bedurfte keiner Zustimmung der Beklagten. Ob sie,

wie das Berufungsgericht angenommen hat, auch wegen Versäumung der vertraglichen Anfechtungsfrist an der Geltendmachung einer etwaigen Unwirksamkeit gehindert gewesen wäre, bedarf daher keiner Entscheidung.

35 (aa) Nach § 6 Nr. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 a) GV konnten Beschlüsse über die Änderung des Gesellschaftsvertrags mit der Zustimmung von mindestens 75 % der abgegebenen Stimmen und der Zustimmung der Komplementärin gefasst werden. Dass dieses Quorum bei der Beschlussfassung am 24. Juli 2012 nicht erreicht wurde, ist nicht geltend gemacht.

36 (bb) § 7 Satz 1 GV, der für bestimmte Änderungen des Gesellschaftsvertrags die Zustimmung aller Gesellschafter vorsah, ist nicht einschlägig. Nach § 7 Satz 1 GV bedurften Beschlüsse der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn sie den Inhalt des Gesellschaftsvertrags änderten und nicht alle Gesellschafter und Treugeber formell und materiell gleich behandelten, allen Gesellschaftern und Treugebern zusätzliche Pflichten auferlegten oder die Rechtsstellung des Komplementärs zu dessen Nachteil veränderten. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

37 Die beschlossene Änderung führte weder zu einer Ungleichbehandlung von Gesellschaftern und Treugebern noch zu einer nachteiligen Änderung der Rechtsstellung des Komplementärs. Entgegen der Ansicht der Beklagten wurde den Gesellschaftern und Treugebern auch keine zusätzliche Pflicht auferlegt. Die ursprünglich vereinbarte Höhe der Einlage wurde durch die Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV nicht verändert. Geändert wurde lediglich die Fälligkeit des noch offenen Restbetrags (durch teilweise Beendigung der bisherigen Stundung) und die Art der Leistung (durch Ersetzung der bisher vorgesehenen Verrechnung mit ausschüttungsfähigen Gewinnen durch eine Zahlungspflicht für zu-

nächst weitere 6 % der Pflichteinlage auf schriftliches Anfordern durch die Geschäftsführung sowie für die restlichen 40 % der Pflichteinlage bei entsprechender Beschlussfassung durch die Gesellschafter). Hierdurch wurde die ursprünglich vereinbarte Einlagepflicht indes nicht derart verändert, dass dies der Auferlegung einer neuen, zusätzlichen Pflicht gleichzustellen wäre. Die beschlossenen Änderungen der Leistungsmodalitäten mögen den einzelnen Gesellschafter ungünstig getroffen haben, wenn er sich auf eine Verrechnungsmöglichkeit mit ausschüttungsfähigen Gewinnen eingestellt hatte. Eine zusätzliche Leistungspflicht über die von Beginn an bedungene Einlage hinaus wurde ihm damit aber nicht auferlegt.

38 (cc) Aus den vorgenannten Gründen hatte der Beschluss vom 24. Juli 2012 auch keine Beitragserhöhung zum Gegenstand, die nach § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB einer Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, d.h. auch der Beklagten, bedurft hätte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. Oktober 2012 - II ZR 251/10, WM 2013, 31 Rn. 36; Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 21).

39 (b) Die Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV ändert nichts daran, dass der gesamte noch offene Betrag der Einlage der Beklagten von 23.000 € als "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB anzusehen ist. Die Auslegung des § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV durch das Berufungsgericht beruht auf einer rechtsfehlerhaften Gewichtung der Interessen der Beteiligten.

40 (aa) Dem Wortlaut von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV ist kein Anhaltspunkt für eine Einschränkung des Haftungsumfangs zu entnehmen.

41 Wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, ergibt sich aus dem Wortlaut keine Änderung der Höhe der noch zu erbringenden Pflichteinlage. Vielmehr ist dort weiterhin von 6 % "der Pflichteinlage" sowie hinsichtlich der weiteren



noch offenen 40 %, die aufgrund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses eingefordert werden können sollten, ausdrücklich von dem "Rest der ausstehenden Pflichteinlage" die Rede. Dass mit der Vertragsänderung eine Reduzierung der geschuldeten Pflichteinlage beabsichtigt gewesen sein könnte, ist danach auszuschließen. Dagegen spricht auch, dass die weiteren 6 % der Pflichteinlage "zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft" fällig gestellt wurden. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, ist kaum anzunehmen, dass die Gesellschaft vor diesem Hintergrund - etwa als Ausgleich für die nun zahlbar gestellten weiteren 6 % der Pflichteinlage - auf die restlichen 40 % der Einlageforderung verzichten wollte.

42 Dass für ausgeschiedene Gesellschafter etwas anderes gelten sollte, mit der Folge, dass auch der Umfang ihrer Verlusthaftung nach § 167 Abs. 3 HGB entsprechend reduziert wäre, ist dem Wortlaut der Neuregelung nicht zu entnehmen.

43 (bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich aus den Interessen der Beteiligten und dem Zweck der Neuregelung keine Einschränkung des § 167 Abs. 3 HGB.

44 Dem Berufungsgericht ist zwar darin zuzustimmen, dass mit der in § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 GV vorausgesetzten Beschlussfassung der Gesellschafter über die Einforderung der restlichen Einlageforderung ein Schutz der Gesellschafter bezweckt ist. Diese sollten nicht allein aufgrund einer weiteren Zahlungsaufforderung durch die Geschäftsführung auf Leistung ihrer restlichen Pflichteinlage in Anspruch genommen werden können, sondern nur dann, wenn die Gesellschafter dies zuvor durch einen Beschluss für notwendig erachtet hat-

ten. Zutreffend ist auch, dass dieser Schutz bei einem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr zum Tragen kommt, wenn seine gesamte noch offene Pflichteinlage auch ohne entsprechenden Gesellschafterbeschluss in die Berechnung seines Abfindungsguthabens zu Gunsten der Gesellschaft eingestellt wird und er bis zur Höhe dieser noch offenen Einlageforderung nach § 167 Abs. 3 HGB haftet, obwohl sie durch die Gesellschafter noch nicht eingefordert worden ist.

45 Das Berufungsgericht hat bei seiner Auslegung jedoch fehlerhaft die Interessen der Klägerin und der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter außer Betracht gelassen. Diesen widerspräche es, wenn der Ausscheidende durch die vom Berufungsgericht angenommene Einschränkung von § 167 Abs. 3 HGB mit dem Zeitpunkt seines Ausscheidens von seiner gesamten restlichen, noch nicht durch Gesellschafterbeschluss fällig gestellten Einlageverpflichtung befreit würde. Weshalb ihn die verbleibenden Gesellschafter derart von seiner ursprünglichen Leistungszusage entbinden sollten, ist, wie oben bereits zu § 4 Nr. 3 GV aF ausgeführt, nicht ersichtlich, zumal der Ausscheidende sich selbst dafür entschieden hat, am weiteren Schicksal der Gesellschaft nicht teilzunehmen und stattdessen eine Abrechnung zum Zeitpunkt seines Ausscheidens zu verlangen. Dies führt auch zu keiner Schlechterstellung des Ausscheidenden gegenüber den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern, da diese ebenfalls grundsätzlich weiterhin zur Leistung der restlichen Einlage verpflichtet sind und der entsprechende Betrag auch bei ihnen im Fall der Liquidation der Gesellschaft oder bei ihrem Ausscheiden ohne vorherige Beschlussfassung in der noch offenen Höhe zu ihren Lasten in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen ist.

46 c) Das verhilft der Revision der Klägerin aber nicht zum Erfolg, weil das Berufungsgericht den Zahlungsantrag - wenn auch unter unrichtiger Berufung auf § 528 Satz 2 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1988 - VII ZR 372/86, BGHZ 104, 212, 214 f.) - im Ergebnis zutreffend in voller Höhe wegen der von

der Beklagten erhobenen Schiedsgutachtereinrede als derzeit unbegründet abgewiesen belassen hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe gemäß § 23 Nr. 6 GV vor Klageerhebung ein Schiedsgutachten über die Höhe des Abfindungsguthabens einholen müssen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

47           aa) Die Einwände der Klägerin gegen die Anwendbarkeit der vertraglichen Schiedsgutachterklausel sind nicht begründet. Nach § 23 Nr. 6 GV wird die Abfindung durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter verbindlich ermittelt, wenn über die Höhe der Abfindung kein Einvernehmen erzielt werden kann.

48           (1) Der Einwand der Klägerin, § 23 Nr. 6 GV greife nicht bei Streit über das Bestehen eines Abfindungsanspruchs dem Grunde nach in rechtlicher Hinsicht, geht bereits deshalb fehl, weil das Berufungsgericht die Klausel insoweit nicht für anwendbar erachtet hat. Es hat ausdrücklich zwischen der Frage, ob ein Anspruch dem Grunde nach besteht, und der Frage, welche Höhe ein danach zu ermittelndes Abfindungsguthaben hat, unterschieden und nur hinsichtlich der zweiten Frage die Einholung eines Gutachtens für erforderlich gehalten. Über die streitigen Rechtsfragen zum Anspruchsgrund hat es selbst entschieden. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob sich die Feststellungsmacht des Schiedsgutachters nach dem Inhalt der Schiedsgutachterabrede auch auf die Beurteilung der rechtlichen (Vor-)Frage erstrecken könnte, ob in die Berechnung des Abfindungsguthabens zugunsten der Klägerin eine rückständige Einlage einzustellen ist, kommt es daher nicht an.

49           (2) Das Berufungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien nicht nur das Bestehen eines Abfindungsanspruchs der Klägerin in rechtlicher Hinsicht streitig ist, sondern - wie nach § 23 Nr. 6 Satz 2

GV erforderlich - auch die Höhe dieses Abfindungsanspruchs. Die Beklagte weist mit der Revision zutreffend darauf hin, dass sie bereits vorgerichtlich mit Schreiben vom 24. August 2016 verschiedene Einwendungen gegen die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens durch die Klägerin (Ermittlung des Unternehmenswerts, abstrakte Muster-Berechnung anhand einer 100.000 €-Beteiligung, keine Darlegung der Berechnung des konkreten Kapitalkontos) erhoben hat.

50 (3) Entgegen der Ansicht der Klägerin gilt § 23 Nr. 6 Satz 2 GV schließlich nicht nur bei einem positiven Abfindungsguthaben. Streit über die Höhe der Abfindung besteht auch dann, wenn die Gesellschaft ein negatives "Guthaben", also einen Fehlbetrag, behauptet. Der Zweck der Vertragsklausel, bei Streit über die Höhe der Abfindung durch den Gutachter, der als Wirtschaftsprüfer ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 3. März 2020 - II ZR 339/18, juris Rn. 16), eine neutrale verbindliche Feststellung des Abfindungsguthabens zu erhalten, greift auch in diesem Fall.

51 Der Einwand der Klägerin, es könne nicht im Interesse der Gesellschafter liegen, bei einem Fehlbetrag ein Gutachten einzuholen und damit über den Kostenvorschuss das Insolvenzrisiko des Ausscheidenden zu übernehmen, trägt nicht. Zum einen enthält § 23 Nr. 6 GV keine Regelung dazu, wer den Kostenvorschuss zu tragen hat. Zum anderen verkennt die Klägerin, dass bei der Auslegung auch das Interesse des Ausscheidenden an einer neutralen Klärung der Abfindungshöhe zu berücksichtigen ist und es überdies auch im Interesse der Gesellschaft liegt, einen von ihr errechneten Fehlbetrag gutachterlich verbindlich bestätigt zu erhalten.

52           bb) Ohne Erfolg wendet die Klägerin sich weiter dagegen, dass das Berufungsgericht die erstmalige Erhebung der Schiedsgutachtereinrede durch die Beklagte im Prozess nicht als treuwidrig (§ 242 BGB) angesehen hat.

53           (1) Welche Anforderungen sich im Einzelfall aus dem in § 242 BGB verankerten Prinzip von Treu und Glauben ergeben, ob insbesondere die Berufung auf eine Rechtsposition rechtsmissbräuchlich erscheint, kann regelmäßig nur mit Hilfe einer umfassenden Bewertung der gesamten Fallumstände entschieden werden, wobei die Interessen aller an einem bestimmten Rechtsverhältnis Beteiligten zu berücksichtigen sind. Diese Bewertung vorzunehmen ist Sache des Tatrichters und demgemäß in der Revisionsinstanz nur daraufhin zu überprüfen, ob sie auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht, alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder von einem falschen Wertungsmaßstab ausgeht (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 Rn. 18 mwN). Das ist hier der Fall.

54           (2) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass es der Klägerin oblag, vor ihrer Klageerhebung die Initiative zur Einholung eines Schiedsgutachtens nach § 23 Nr. 6 GV zu ergreifen. Es hat zwar unzutreffend angenommen, dies ergebe sich daraus, dass die Klägerin nach § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Erstellung der Auseinandersetzungsbilanz und damit auch zur Einholung des Gutachtens nach § 23 Nr. 6 GV als notwendige Vorbereitungshandlung verpflichtet gewesen sei. Die Einholung eines Schiedsgutachtens war nach § 23 Nr. 6 GV nicht zur Vorbereitung der Auseinandersetzungsbilanz vorgesehen, sondern erst dann, wenn Streit über das Ergebnis dieser Auseinandersetzungsbilanz besteht. Mangels anderweitiger vertraglicher Regelung ist daher in ergänzender Vertragsauslegung davon auszugehen, dass bei Streit über die Abfindungshöhe grundsätzlich beide

Seiten gleichermaßen verpflichtet waren, die zur Einholung eines Schiedsgutachtens erforderlichen Schritte einzuleiten bzw. daran mitzuwirken (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl., § 317 Rn. 7). Aus dieser beiderseitigen Mitwirkungsverpflichtung folgt aber ebenfalls, dass derjenige, der sich eines Anspruchs aus dem zu ermittelnden Abfindungsguthaben berühmt und diesen Anspruch geltend machen wollte, bei Streit über dessen Höhe die Initiative zur gemeinsamen Einholung eines Schiedsgutachtens zu ergreifen hatte.

55           (3) Dass die Klägerin die Beklagte vorgerichtlich vergeblich zur Mitwirkung an der Einholung eines Schiedsgutachtens aufgefordert oder die Beklagte durch ihr vorgerichtiges Verhalten klar zum Ausdruck gebracht hätte, zu einer solchen Mitwirkung, insbesondere zur Zahlung des auf sie entfallenden Vorschussanteils, nicht bereit oder in der Lage zu sein (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. November 1987 - III ZR 29/87, BGHZ 102, 199, 202; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl., § 242 Rn. 81 mwN), ist nicht festgestellt und wird auch von der Klägerin mit der Revision nicht substantiiert dargetan.

56           Da die Beklagte bereits mit vorgerichtlichem Schreiben vom 24. August 2016 Einwendungen gegen die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Forderung erhoben hat, war bereits zu diesem Zeitpunkt die Einholung eines Gutachtens nach § 23 Nr. 6 Satz 2 GV geboten. Dass die Beklagte hierauf in den anschließenden vorgerichtlichen Vergleichsgesprächen und nach deren Scheitern nicht von sich aus auf die Einholung eines Gutachtens hingewirkt oder zu erkennen gegeben hat, dass sie ein solches Gutachten für erforderlich halte, hat das Berufungsgericht in Anbetracht der der Klägerin obliegenden Initiative zur Einholung eines Gutachtens zu Recht als für die Annahme treuwidrigen Verhaltens nicht ausreichend erachtet.

57 (4) Ein Fall der Verwirkung liegt nicht vor, weil jedenfalls das hierfür erforderliche Umstandsmoment nicht erfüllt ist. Nach den obigen Ausführungen konnte die Klägerin nicht darauf vertrauen, dass die Beklagte sich nicht mehr auf die Einholung eines Schiedsgutachtens berufen würde (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl., § 242 Rn. 95). Dass die Beklagte - wie die Klägerin geltend macht - vorgerichtlich zunächst den Ausgang eines Parallelverfahrens abwarten wollte, in dem ein anderer Anleger, der ebenfalls von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten vertreten wurde, ohne vorherige Einholung eines Schiedsgutachtens von der Klägerin die Zahlung eines angeblich positiven Abfindungsguthabens verlangte, berechtigte die Klägerin nicht zu der Annahme, die Beklagte würde ihrerseits nicht auf die Einhaltung der Schiedsgutachterregelung bestehen.

58 (5) Schließlich ist das Verhalten der Beklagten entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht wegen Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses rechtsmissbräuchlich. Die Einholung eines Schiedsgutachtens ist vertraglich vereinbart, um zeitnah eine verbindliche Feststellung durch einen neutralen Dritten zu erhalten und dadurch ggfls. einen Rechtsstreit über die Höhe der Forderung entbehrlich zu machen. Insofern besteht auch nach einer gerichtlichen Entscheidung über den Anspruch dem Grunde nach noch die Möglichkeit, dass ein anschließendes außergerichtliches Gutachten hinsichtlich der Höhe der Abfindungsforderung zu einem klaren Ergebnis kommt und sich daher kein weiterer Rechtsstreit mehr anschließt. Das schutzwürdige Interesse der Beklagten an der Einhaltung dieser Vereinbarung tritt nicht deshalb zurück, weil die Kosten eines Gutachtens - wie die Klägerin geltend macht - außer Verhältnis zu der in Rede stehenden Forderung der Klägerin stünden. Selbst wenn die Beklagte ihre Mitwirkung verweigern würde, könnte die Klägerin den erforderlichen Kostenvorschuss unter Verwahrung gegen die endgültige Kostenübernahme zunächst übernehmen.

59 cc) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch keine Leistungsbestimmung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgenommen.

60 (1) Nach § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB ist die Leistungsbestimmung durch Urteil vorzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann, will oder verzögert. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die Leistung durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987 mwN). Undurchführbar ist eine Bestimmung schon dann, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1979 - V ZR 150/77, BGHZ 74, 341, 344 f.; Urteil vom 26. Oktober 1989 - VII ZR 75/89, NJW 1990, 1231, 1232; Urteil vom 6. November 1997 - III ZR 177/96, NJW 1998, 1388, 1390; Urteil vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987; Urteil vom 7. Juni 2011 - II ZR 186/08, ZIP 2011, 1358 Rn. 13 ff.; Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 Rn. 31). Entsprechendes gilt für den Fall, in dem nicht eine Partei den Gutachter zu benennen hatte, sondern die Parteien über seine Person eine Einigung herbeizuführen hatten (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2001 - V ZR 372/99, NJW 2001, 1928, 1929; Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 Rn. 31).

61 (2) Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Die Einholung eines Gutachtens ist nicht daran gescheitert, dass die Parteien sich nicht auf die Person des Gutachters einigen konnten, sondern daran, dass keine Seite Schritte zur Einholung eines Gutachtens unternommen hat. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. April 2000 (V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987) zugrundeliegenden Sachverhalt ist die Einholung des Gutachtens auch noch



durchführbar. In dieser Situation ist es weder angezeigt noch geboten, der Klägerin, der nach den obigen Ausführungen als Anspruchstellerin die Initiative für die gemeinsame Einholung eines Gutachtens oblag, allein aufgrund ihrer Untätigkeit über § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB eine unmittelbare Klage auf Zahlung des von ihr errechneten negativen Abfindungsguthabens und damit eine Umgehung der vertraglichen Vereinbarung zu ermöglichen. Der Gedanke der Prozessökonomie gibt auch insoweit keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung, zumal die Klägerin hier bereits in erster Instanz durch die Entscheidung des Landgerichts auf die Erforderlichkeit des Gutachtens hingewiesen wurde.

62           dd) Ohne Erfolg wendet die Klägerin sich schließlich dagegen, dass das Berufungsgericht keine Frist gemäß §§ 356, 431 ZPO zur Beibringung eines Schiedsgutachtens gesetzt hat.

63           (1) Ob eine Klage als derzeit unbegründet abgewiesen oder der Klagepartei zunächst entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung eines vertraglich vereinbarten Schiedsgutachtens gesetzt wird, steht grundsätzlich im Ermessen des Tatrichters (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405). Diese Ermessensentscheidung des Tatsachengerichts ist vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüfbar, ob das Ermessen ausgeübt worden ist, dabei alle wesentlichen Umstände rechtsfehlerfrei ermittelt und berücksichtigt sowie die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens richtig bestimmt und eingehalten worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105 Rn. 22 mwN).

64           (2) Dieser Nachprüfung hält die Entscheidung des Berufungsgerichts stand.

65 (a) Das Berufungsgericht hat eine eigene Ermessensentscheidung getroffen. Seine einleitende Formulierung, das Landgericht sei nicht gehalten gewesen, eine Fristsetzung nach §§ 356, 431 ZPO vorzunehmen, könnte zwar dafür sprechen, dass es sich auf eine bloße Überprüfung der Ermessenentscheidung des Landgerichts beschränkt hat. Aus seinen anschließenden Ausführungen ergibt sich aber, dass es eine eigene Abwägung der für und gegen eine Fristsetzung sprechenden Gründe vorgenommen und auf dieser Grundlage eine eigene Entscheidung zur Abweisung der Klage ohne Fristsetzung getroffen hat.

66 (b) Es liegt auch kein Ermessensfehler des Berufungsgerichts vor. Entgegen der Ansicht der Klägerin wäre nicht allein die Entscheidung, eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen, ermessensfehlerfrei gewesen. Die von der Klägerin dagegen angeführten prozessökonomischen Gründe hat das Berufungsgericht mit revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Begründung zurückgewiesen.

67 Soweit die Klägerin dagegen einwendet, es sei aus prozessökonomischer Sicht nicht vertretbar, die Parteien nach einem Prozess über mehrere Instanzen auf die Einholung eines kostspieligen Gutachtens mit einem anschließenden Folgeprozess nebst den damit verbundenen Kosten zu verweisen, weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass es der Klägerin unbenommen gewesen wäre, vor Klageerhebung die Einholung eines Gutachtens in die Wege zu leiten.

68 3. Bezüglich der Abweisung ihres Hilfsantrags auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des noch durch einen Wirtschaftsprüfer zu ermittelnden negativen Abfindungsguthabens ist die Revision der Klägerin mangels Begründung (§ 551 Abs. 3 ZPO) unzulässig.

69           4. Hinsichtlich des weiteren Hilfsantrages der Klägerin auf Feststellung, dass bei Erstellung der Abfindungsbilanz zu ihren Gunsten eine noch offene Einlageforderung gegen die Beklagte in Höhe von 3.000 € einzustellen ist, hat die Revision der Beklagten keinen Erfolg.

70           a) Das Berufungsgericht hat den Hilfsantrag zu Recht für zulässig erachtet. Entgegen der Auffassung der Beklagten war die begehrte Feststellung vom rechtlichen Standpunkt des Berufungsgerichts aus betrachtet für seine Entscheidung über die Klage vorgreiflich (§ 256 Abs. 2 ZPO), weil der Klägerin danach nur dann überhaupt noch ein Anspruch auf Ausgleich eines negativen Abfindungsguthabens zustehen konnte, wenn noch eine offene Einlageforderung gegen die Beklagte bestand.

71           Abgesehen davon wäre aber auch das Feststellungsinteresse der Klägerin für eine allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) zu bejahen. In Anbetracht der vorzunehmenden Abfindungsabrechnung und des Bestreitens jeglicher rückständiger Einlage durch die Beklagte hatte die Klägerin ein berechtigtes Interesse an einer diesbezüglichen verbindlichen gerichtlichen Klärung (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2018 - II ZR 243/16, juris Rn. 79 für den Fall der Liquidation der Gesellschaft).

72                    b) Der Hilfsantrag ist auch begründet. Nach den obigen Ausführungen ist noch eine Einlageforderung in Höhe von jedenfalls 3.000 € zugunsten der Klägerin in die Berechnung des Abfindungsguthabens der Beklagten einzustellen.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

v. Selle

Vorinstanzen:

LG München II, Entscheidung vom 18.12.2018 - 8 O 2380/18 -

OLG München, Entscheidung vom 31.07.2019 - 7 U 649/19 -