



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 108/16

Verkündet am:
30. Januar 2018
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

KWG § 38; HGB § 149

Im Fall der Anordnung der Abwicklung einer Fondsgesellschaft nach § 38 KWG handelt es sich bei der Einforderung rückständiger Gesellschaftseinlagen durch den Abwickler zum Zweck der Liquidation um kein neues, werbendes Geschäft, das aufgrund der Abwicklungsanordnung nach § 38 KWG, § 149 HGB untersagt wäre.

BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16 - OLG Zweibrücken
LG Frankenthal

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 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 des 4. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 28. April 2016 aufgehoben.

Die Sache wird 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 9. September 2006 als Treugeberkommanditist mit einem Zeichnungsbetrag von 66.000 € zuzüglich 6 % Agio bei. Der Gesamtbetrag von 69.960 € war gemäß einer Zu-

satzvereinbarung in Form einer Kontoeröffnungszahlung von 20.460 € und monatlichen Raten in Höhe von je 550 € ab dem 1. Oktober 2006 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 Ge-

sellschafterrechte 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 Zusammen-

hang 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 Verwaltungsrechte eines Kommanditisten im Umfang des auf den Treugeber entfallenen Anteils an der Kommanditbeteiligung der Treuhandkommanditistin."

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 Dezember 2011 leistete der Beklagte keine Ratenzahlungen mehr. Im Rechtsstreit hat er den Widerruf seiner Beitritts- und Treuhandvertragserklärung sowie die Kündigung der Beteiligung aus besonderem Grund erklärt.

6 Die Klägerin, vertreten durch den nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler, nimmt den Beklagten auf Zahlung der von Dezember 2011 bis einschließlich Februar 2014 noch offenen 27 Raten in Höhe von insgesamt 14.850 € nebst Zinsen in Anspruch. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zu ihren Gunsten eine Einlageforderung von 14.850 € nebst Zinsen einzustellen sei.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Be-
rufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im We-
sentlichen ausgeführt:

10 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 sei. Auch der ergänzend geltend gemachte Anspruch der
Klägerin aus abgetretenem Recht der Treuhänderin bestehe nicht, weil der Be-
klagte bis zum Abwicklungsbescheid der BaFin sämtliche Ratenzahlungen er-
bracht habe und es der Treuhänderin ab dieser Anordnung unmöglich gewor-
den sei, ihren 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. Sehe man das anders, bestünden - ohne dass dies entschieden
werden müsse - jedenfalls auch erhebliche Zweifel an der (weiteren) Erforder-
lichkeit der Einziehung der rückständigen Raten zum Zweck der Abwicklung.

11 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht
stand.

12 1. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann die Klägerin den
Beklagten grundsätzlich unmittelbar aus eigenem Recht auf Leistung der Einla-
ge in Anspruch nehmen. Dass der Beklagte die Beteiligungssumme nicht unmit-

telbar an die Klägerin, sondern an die Treuhänderin zu zahlen hatte, steht dem nicht entgegen.

13 a) Der gegen einen Treugeber gerichtete Anspruch auf Leistung der Einlage steht unmittelbar der Gesellschaft zu, wenn der Treugeber im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) hat bzw. haben soll (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). 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 18. September 2012 - II ZR 178/10, ZIP 2012, 2295 Rn. 13 mwN; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rn. 11 mwN). Dem Beklagten als Treugeberkommanditisten kommt hier im Innenverhältnis eine solche Stellung als Quasi-Gesellschafter zu.

14 b) 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 (BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 - II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49 f.; Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913; Urteil vom 23. Juni 2003 - II ZR 46/02, ZIP 2003, 1702, 1703; Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 20; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 16 ff.; Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 Rn. 14; Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 Rn. 16; Urteil vom 16. Dezember 2014 - II ZR 277/13, ZIP 2015, 319 Rn. 13; Urteil vom

20. Januar 2015 - II ZR 444/13, ZIP 2015, 630 Rn. 8). Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn - wie bei Publikumsgesellschaften häufig - die mittelbare Beteiligung erst noch zuwerbender 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).

15 c) Der Beklagte hat 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) erlangt.

16 Nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags, den der Senat selbst auslegen kann (st. Rspr., BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 18 mwN), und unter Berücksichtigung des Treuhandvertrags sowie der Beitrittserklärung des Beklagten handelt es sich bei dem Verhältnis zwischen der Treuhandkommanditistin und der Klägerin einerseits und den Treugebern andererseits nicht um ein einfaches Treuhandverhältnis, sondern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung.

17 aa) Nach § 3 Abs. 5 GV war von vornherein die Einwerbung weiterer mittelbarer Kommanditisten bis zu einem Gesamteinlagevolumen von 9 Mio. € vorgesehen. Dabei sollte die Beteiligung als Treugeberkommanditist gemäß einer formularmäßigen Beitrittserklärung die Regel sein.

18 bb) Die vertraglichen Vereinbarungen enthalten von vornherein eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand.

19 Bereits mit der Beitrittserklärung erklärt der Anleger, sich - bei Wahl dieser Beteiligungsform - als Treugeberkommanditist an der Klägerin beteiligen zu wollen und den Gesellschafts- und den Treuhandvertrag als Geschäftsgrundlage seines Beitritts und als verbindlich anzuerkennen. Nach § 4 Abs. 2 GV ist für einen wirksamen Beitritt als Treugeberkommanditist eine Annahme der Beitrittserklärung des Anlegers durch die Klägerin erforderlich, die hier auch erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 19).

20 § 4 Abs. 1 Satz 1 GV bestimmt, dass die Regelungen des Gesellschaftsvertrags nicht nur für direkt beitretende Kommanditisten, sondern auch analog für Treugeberkommanditisten gelten; nach § 4 Abs. 1 Satz 3 GV werden die Rechtsverhältnisse zwischen dem Treuhänder, dem jeweiligen Treugeberkommanditisten und den übrigen Gesellschaftern durch den Treuhandvertrag geregelt. In dessen Präambel ist wiederum bestimmt, dass der Treuhandvertrag zusammen mit der Beitrittserklärung und dem Gesellschaftsvertrag die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen dem Treuhänder, dem Treugeber und den übrigen Gesellschaftern einschließlich der weiteren mittelbar beteiligten Treugeber bildet und - soweit im Treuhandvertrag nichts anderes bestimmt ist - die Regelungen des Gesellschaftsvertrags entsprechend gelten.

21 cc) Bei gebotener Gesamtwürdigung dieser Regelungen sind die Rechte und Pflichten der Treugeberkommanditisten bereits derart im Gesellschaftsvertrag geregelt, dass ihnen in der Gesellschaft die Stellung eines Quasi-Gesellschafters zukommt.

- 22 Anders als in den bisher vom Senat entschiedenen Fällen (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 5 f.; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 178/10, ZIP 2012, 2295 Rn. 3; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rn. 2; Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, ZIP 2013, 570 Rn. 3, 5; Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 136/11, ZIP 2013, 570 Rn. 3 f.; Beschluss vom 23. September 2014 - II ZR 374/13, ZD 2015, 181 Rn. 10; Urteil vom 16. Dezember 2014 - II ZR 277/13, ZIP 2015, 319 Rn. 2; Urteil vom 20. Januar 2015 - II ZR 444/13, juris Rn. 9) enthalten die Verträge zwar weder eine ausdrückliche Gleichstellung von Treugebern mit Direktkommanditisten im Innenverhältnis noch Regelungen über unmittelbare Rechte und Pflichten der Treugeber im Verhältnis zur Gesellschaft oder eine Verpflichtung zur Zahlung der Einlage unmittelbar an die Gesellschaft. Gleichwohl kommt den Treugebern aufgrund der vertraglichen Konstruktion eine den Direktkommanditisten entsprechende Stellung zu.
- 23 (1) § 4 Abs. 1 Satz 1 GV sieht zwar keine ausdrückliche Gleichstellung, sondern nur eine analoge Anwendung der gesellschaftsvertraglichen Regelungen auf Treugeberkommanditisten vor. Im Weiteren spricht der Gesellschaftsvertrag aber durchgehend von "Kommanditisten", ohne zwischen Direkt- und Treugeberkommanditisten zu unterscheiden. Folglich gelten auch die Verpflichtung des Kommanditisten zur Leistung der Einlage (§ 5 Abs. 1 und 3 GV), die Regelung zur Anlage von Gesellschafterkonten für Kommanditisten (§ 5 Abs. 4 GV), die Berechtigung zu Entnahmen (§ 12 GV) sowie die Regelung zur Stimmberechtigung der Kommanditisten (§ 9 Abs. 4 GV) analog gleichermaßen für die Treugeber.
- 24 Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Anordnung der analogen Anwendung der gesellschaftsvertraglichen Regelungen in § 4 Abs. 1 Satz 1 GV hinreichend verständlich. Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass § 4

Abs. 3 Satz 3 GV "im Übrigen" eine Anordnung der Regelungen des Absatzes 1 vorsieht. § 4 Abs. 3 Satz 3 GV betrifft ersichtlich nur Direktkommanditisten und bestimmt durch die entsprechende Anordnung von § 4 Abs. 1 GV, dass diese im Übrigen - d.h. abgesehen von den Sonderregelungen in § 4 Abs. 3 Satz 1 und 2 GV - mit den Treugeberkommanditisten gleichgestellt werden und für ihr Verhältnis untereinander somit der Treuhandvertrag gelten soll.

25 (2) Dass dem Treugeberkommanditisten die Gesellschafterrechte und -pflichten nach der Konstruktion des Treuhandvertrages zunächst nur durch Vermittlung des Treuhänders zustehen sollen, spricht nicht gegen die Annahme einer Gleichstellung, da im Treuhandvertrag zugleich die wesentlichen Schritte für eine Angleichung dieser nur mittelbaren Befugnisse an eine unmittelbare Berechtigung angelegt bzw. vollzogen sind.

26 So tritt der Treuhänder nach § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 TrhV zwar auch im Verhältnis zur Gesellschaft im eigenen Namen auf und übt ihr gegenüber die aus der Kommanditbeteiligung erwachsenden Gesellschafterrechte im eigenen Namen aus. Diese Befugnis ist jedoch gemäß § 3 Abs. 1 Satz 4 und 5 TrhV durch die Weisungsbefugnis des Treugebers eingeschränkt; nur im Fall fehlender Weisungen ist der Treuhänder zur Ausübung nach billigem Ermessen berechtigt.

27 Die Ansprüche aus der treuhänderischen Kommanditbeteiligung und die Kontrollrechte stehen dem Treugeberkommanditisten im Innenverhältnis nach § 4 Abs. 1 und 2 TrhV zwar nicht originär zu, sondern setzen eine Abtretung bzw. Vollmachterteilung durch den Treuhänder voraus. Diese Abtretung ist jedoch in § 4 Abs. 1 TrhV betreffend Ansprüche aus dem treuhänderisch gehaltenen Kommanditanteil, dem festzustellenden Jahresergebnis, den Entnahmen sowie eines etwaigen Anspruchs im Fall des Ausscheidens bereits enthalten, so

dass diese Ansprüche dem Treugeber schon mit Abschluss der Verträge unmittelbar zustehen und lediglich ihre Einziehung gemäß § 4 Abs. 1 TrhV durch den Treuhänder erfolgt. Zur Ausübung der Kontrollrechte ist der Treugeber gemäß § 4 Abs. 2 TrhV ausdrücklich selbst berechtigt; der Treuhänder ist verpflichtet, ihm die dafür erforderliche Vollmacht auf Verlangen zu erteilen.

28 Schließlich enthält auch § 7 Abs. 1 TrhV bereits eine Vollmachterteilung des Treuhänders an den Treugeber zur Ausübung des Stimmrechts, dem als Mittel zur unmittelbaren Mitwirkung an der internen Willensbildung der Gesellschaft im Wege der Beschlussfassung besonderes Gewicht zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, ZIP 2013, 570 Rn. 20). Sollte der Treugeber eine Vertretung durch den Treuhänder wünschen, ist dieser gemäß § 7 TrhV weisungsgebunden. Dass der Treuhänder die Möglichkeit hat, seine Vollmachten zu widerrufen, stellt demgegenüber keine erhebliche Relativierung der Treugeberstellung dar, da einem solchen Widerruf ohne wichtigen Grund der Einwand der Treuwidrigkeit entgegenstehe.

29 (3) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht einer Gleichstellung der Treugeberkommanditisten mit den Direktkommanditisten auch nicht entgegen, dass die Beteiligungssumme nach der Beitrittserklärung, der Zusatzvereinbarung und § 1 Satz 3, § 5 Abs. 1 TrhV - anders als in den Entscheidungen des Senats vom 11. Oktober 2011 (II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 5) und vom 18. September 2012 (II ZR 178/10, ZIP 2012, 2295 Rn. 3 und II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rn. 2) - nicht unmittelbar auf das Konto der Gesellschaft, sondern ausdrücklich ausschließlich auf das Konto der Treuhänderin zu zahlen ist.

30 (a) Die Verpflichtung zur unmittelbaren Zahlung der Einlage an die Gesellschaft ist zwar ein Gesichtspunkt, der für eine Gleichstellung der Treugeber-

kommanditisten mit Direktkommanditisten spricht, aber keine notwendige Voraussetzung. Ob eine solche Gleichstellung vorliegt, beurteilt sich – wie sich auch aus den Entscheidungen des Senats vom 11. Oktober 2011 (II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299) und vom 18. September 2012 (II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291) ergibt - vielmehr maßgeblich aufgrund einer Gesamtwürdigung sämtlicher vertraglicher Regelungen zur Stellung des Treugebers. Daher können auch im Ausgangspunkt nur mittelbar begründete Rechte und Pflichten - wie hier - bei entsprechender vertraglicher Verstärkung ohne zusätzliche Pflicht zur unmittelbaren Zahlung an die Gesellschaft eine Gleichstellung des Treugeberkommanditisten begründen.

31 (b) Unabhängig davon ergibt sich hier auch aus den vertraglichen Vorgaben, dass die Einzahlung des Treugeberkommanditisten jedenfalls im Ergebnis eine Zahlung an die Gesellschaft darstellt, bei der die Treuhandkommanditistin nur als Mittler zwischengeschaltet ist.

32 Nach § 5 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 GV hat der Treugeberkommanditist die in der Beitrittserklärung vereinbarte Einlage zu leisten. Die Beitrittserklärung sieht - entsprechend § 1 Satz 3, § 5 Abs. 1 TrhV - vor, dass die Einlage ausschließlich auf das Konto der Treuhänderin zu zahlen ist. Da die Klägerin diese Beitrittserklärung gemäß § 4 Abs. 2 GV gegengezeichnet hat, hat sie damit zugleich den Zahlungsweg vorgegeben, d.h. die Zahlung an die Treuhandkommanditistin entsprechend selbst angewiesen.

33 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.

- 34 a) Die Abwicklungsanordnung wirkt gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 KWG wie ein gesellschafts- bzw. handelsrechtlicher Auflösungsbeschluss und führt zur Liquidation des Unternehmens. Die Durchführung der Liquidation richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag, sofern dieser hierzu Regelungen enthält, andernfalls - wie hier - nach den gesetzlichen Regelungen (vgl. Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl. § 38 Rn. 4 f., 12; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 38 Rn. 8 f.).
- 35 Der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler hat grundsätzlich die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellter Liquidator (vgl. Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 38 Rn. 21). Nach § 161 Abs. 2, § 149 Abs. 1 Satz 1 HGB obliegt es dem Liquidator u.a., die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen. Hierunter fällt auch die Einziehung rückständiger Einlagen, wenn und soweit sie für die Durchführung der Liquidation, insbesondere für die Befriedigung der Gläubiger benötigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1977 - II ZR 201/75, WM 1977, 617, 618; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, NJW 1978, 2154; Urteil vom 5. November 1979 - II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 193).
- 36 b) 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.
- 37 Die Einlageverpflichtung des Beklagten ist mit Zeichnung der Beteiligung in voller Höhe gemäß der Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung entstanden. Danach beläuft sich die von ihm insgesamt zu leistende Beteiligungs- und Zeichnungssumme auf 69.690 €. Das ergibt sich bereits aus der Verpflichtung des Kommanditisten in § 5 Abs. 1 GV und des Treugebers in § 5 Abs. 1 Satz 2

TrhV zur Leistung der "in der Beitrittserklärung vereinbarte(n) Einlage". Mit der Zusatzvereinbarung wurde dem Beklagten hierfür nur eine Ratenzahlung in Form einer Stundung gewährt. Dabei handelt es sich lediglich um eine zeitliche Staffelung der Fälligkeit, die als solche nichts an dem Entstehen der gesamten Einlageverpflichtung im Zeichnungszeitpunkt ändert (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 - II ZR 284/15, WM 2017, 1366 Rn. 23).

38 Etwas anderes ergibt sich - entgegen der Ansicht des Beklagten - auch nicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV. Die dort vorgesehene anteilige Erhöhung der Beteiligung des Treugebers an der Gesellschaft entsprechend der Höhe der von ihm geleisteten Einzahlungen betrifft nicht seine vertragliche Einlageverpflichtung gegenüber der Klägerin, sondern nur seine gesellschaftsinterne Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern. Die Regelung ist erforderlich, weil die Treuhänderin gegenüber der Klägerin einen einheitlichen Kommanditanteil zugunsten mehrerer Treugeberkommanditisten hält, deren jeweilige Anteile an diesem Kommanditanteil sich nach der Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung bestimmen.

39 Da der Beklagte 14.850 € von seiner Gesamteinlageverpflichtung noch nicht gezahlt hat, besteht eine noch offene Einlageforderung der Klägerin in dieser Höhe.

40 c) 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 (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 7 f.; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 149 Rn. 6; Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 38 Rn. 5). Es handelt sich lediglich um die Abwicklung der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen

durch Einforderung bzw. Erfüllung der daraus resultierenden Leistungspflichten, die zudem gerade dem geänderten, der Abwicklungsanordnung entsprechenden, Gesellschaftszweck der Liquidation dienen soll.

41 Anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Berufungsgericht hierzu angeführten Auffassung von Fischer (in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 38 Rn. 5), dass nach einer Abwicklungsanordnung gemäß § 38 KWG "Einlagen" nicht mehr entgegengenommen werden dürfen. In Anbetracht des Zwecks von § 38 KWG, nicht erlaubte Kreditgeschäfte zu unterbinden, sind damit neue Einlagen im Sinne von Kundengeldern des Kreditinstituts gemeint, nicht aber die hier in Rede stehenden offenen Einlagen aus einer bereits abgeschlossenen Gesellschaftsbeteiligung.

42 d) Aus diesem Grund ist der Beklagte auch nicht - wie das Berufungsgericht meint - von seiner Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit der Gegenleistung gemäß § 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB befreit, weil es der Klägerin aufgrund des behördlichen Verbots untersagt wäre, "neue" Einlagen entgegenzunehmen und die Kommanditanteile 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.

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

44 1. Der Beklagte macht ohne Erfolg geltend, es könne keine offene Einlageforderung der Klägerin gegen ihn bestehen, weil sein Anteil an der Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV immer nur in Höhe seiner bereits erfüllten Einzahlungsverpflichtung erhöht werde, so dass er darüber hinaus auch kein mittelbarer Gesellschafter und damit auch nicht zu weiteren Einlagezahlungen verpflichtet sei. Wie bereits ausgeführt, war der Beklagte von Beginn an verpflichtet, seine Einlage in Höhe der gesamten Zeichnungssumme zu erbringen; die in § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV vorgesehene anteilige Erhöhung der Beteiligung des Treugebers an der Gesellschaft entsprechend der Höhe der von ihm geleisteten Einzahlungen betrifft nicht seine vertragliche Einlageverpflichtung gegenüber der Klägerin, sondern nur seine gesellschaftsinterne Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern.

45 2. Ohne Erfolg macht der Beklagte auch geltend, sein Widerruf der Beteiligungs- und Beitrittserklärung stehe dem Zahlungsanspruch der Klägerin entgegen.

46 Dabei kann offenbleiben, ob die Voraussetzungen eines wirksamen Widerrufs nach §§ 312, 355 BGB aF erfüllt wären. Ebenso bedarf es keiner Entscheidung, ob das Widerrufsrecht in der Liquidation einer Gesellschaft in entsprechender Anwendung der Senatsrechtsprechung zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 - II ZR 41/78, NJW 1979, 765) generell ausgeschlossen wäre oder dies seinem verbraucher-schützenden Charakter und europarechtlichen Vorgaben widerspräche.

47 Ein wirksamer Widerruf des Beklagten würde auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Folgen des Widerrufs eines Beitritts zu einem geschlossenen Fonds in Form einer Perso-

nengesellschaft die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung seiner restlichen Einlage nicht entfallen lassen.

- 48 a) Ein wirksamer Widerruf gemäß §§ 312, 355 BGB aF wirkt ex nunc und führt nach vom Europäischen Gerichtshof als richtlinienkonform gebilligter (EuGH, Urteil vom 15. April 2010, - C-215/08, ZIP 2010, 772 ff.) ständiger Rechtsprechung des Senats zur Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft. Danach kann der widerrufende Gesellschafter keine Rückabwicklung seines Beitritts verlangen, sondern scheidet mit Zugang des Widerrufs ex nunc aus der Gesellschaft aus und hat einen Anspruch auf sein Auseinsetzungs Guthaben zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens seines Widerrufs. Daraus folgt aber nicht auch der Wegfall seiner Einlageverpflichtung ex nunc. Vielmehr bleibt der Gesellschafter - ebenso wie bei einer Kündigung - weiterhin zur Zahlung rückständiger, noch nicht erbrachter Einlageleistungen an die Gesellschaft verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2000 - II ZR 6/99, ZIP 2000, 1208, 1209; Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 Rn. 9; Urteil vom 6. November 2012 - II ZR 176/12, juris Rn. 37). Diese Forderung der Gesellschaft ist daher trotz seines Widerrufs auch in voller Höhe in seine Abfindungs- bzw. Auseinsetzungsrechnung einzustellen.
- 49 b) Diese Folge des Widerrufs ist von der Billigung des Europäischen Gerichtshofs betreffend die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft umfasst.
- 50 Der Europäische Gerichtshof hat die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft als richtlinienkonform angesehen, weil sie nach den Ausführungen im Vorlagebeschluss des Senats (Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, WM 2008, 1026) entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts für einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikovertei-

lung zwischen den einzelnen Beteiligten sorgen sollen (EuGH, Urteil vom 15. April 2010 - C-215/08, ZIP 2010, 772 Rn. 48, 49). Nach dem vom Europäischen Gerichtshof in Bezug genommenen Vorlagebeschluss des Senats (BGH, Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, WM 2008, 1026 Rn. 20) besteht das bei diesem Ausgleich zu berücksichtigende Interesse der Mitgesellschafter insbesondere auch darin, dass die Liquiditäts- und Kapitalbasis nicht dadurch verringert wird, dass dem ausscheidenden Gesellschafter ein höherer Betrag ausbezahlt wird als das auf seine Beteiligung entfallende Auseinandersetzungsguthaben. Dieses Guthaben bestimmt sich hier indes unter Ansatz der Gesamtverpflichtung, die der Beklagte bereits mit seiner Zeichnung der Einlage eingegangen ist. Wegen dieses Fortbestands seiner Gesamtverpflichtung kann sich zwar ein negatives Auseinandersetzungsguthaben und damit eine weitere Zahlungspflicht des Gesellschafters ergeben. Auch diese Folge, dass die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht nur dazu führen kann, dass das an den Gesellschafter auszahlende Guthaben wegen während seiner Mitgliedschaft eingetretener, von ihm mitzutragender Verluste geringer ist als seine Einlageleistung, sondern auch dazu, dass er im Fall eines negativen Guthabens seinerseits zu Zahlungen an die Gesellschaft verpflichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 Rn. 9; Urteil vom 12. Juli 2010 - II ZR 292/06, BGHZ 186, 167 Rn. 12), hat der Europäische Gerichtshof jedoch ausdrücklich gebilligt (Urteil vom 15. April 2010 - C-215/08, ZIP 2010, 772 Rn. 50 aE). Das gilt im Hinblick auf den vom Europäischen Gerichtshof angeführten Zweck, für einen vernünftigen Interessenausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zu sorgen, sowohl für eine Pflicht des Gesellschafters zur Zahlung der Einlage zur Abwicklung als auch zur Durchführung des anschließenden Innenausgleichs.

c) Hinzu kommt, dass der Beklagte den Widerruf erst im April 2014 und damit zu einem Zeitpunkt erklärt hat, zu dem sämtliche Raten bereits fällig wa-

ren. Da sein Widerruf nur zum Wegfall seiner Verpflichtungen ex nunc führt, bleibt er danach jedenfalls zur Zahlung der bereits fällig gewordenen Raten verpflichtet. Der vom Beklagten auch in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV nur in Höhe seiner erfüllten Zahlungsverpflichtungen mittelbarer Gesellschafter geworden und daher nicht zu weiteren Zahlungen verpflichtet zu sein, trifft - wie ausgeführt - nicht zu.

52 3. Die vom Beklagten erklärte Kündigung der Beteiligung aus wichtigem Grund lässt seine Zahlungspflicht ebenfalls nicht entfallen. Der Senat hat bereits entschieden, dass die Anfechtung einer Beteiligung wegen Arglist in der Liquidation der Gesellschaft ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 - II ZR 41/78, NJW 1979, 765). 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 gesonder-tes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinander- setzungsverfahrens. Entsprechendes gilt für die Kündigung der Beteiligung aus wichtigem Grund.

53 4. Ein Zahlungsanspruch der Klägerin kann auf der Grundlage der bishe- rigen Feststellungen auch nicht mit der Begründung verneint werden, der Ein- zug der noch offenen Einlage sei zu Abwicklungszwecken nicht erforderlich.

54 a) Grundsätzlich dürfen ausstehende Einlagen im Rahmen der Liquidati- on einer Fondsgesellschaft allerdings nur eingefordert werden, wenn und soweit dies zur Durchführung der Abwicklung, d.h. für die Befriedigung der Gläubiger oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil

vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424, 425; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 36). 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 (BGH, Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898; Urteil vom 5. November 1979 - II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 194).

55 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Erforderlichkeit ist der Schluss der mündlichen Verhandlung (vgl. § 128 Abs. 2, § 136 Abs. 4, §§ 296a, 310 ZPO), so dass - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - eine etwaige positive Entwicklung der Liquiditätssituation im Laufe des Verfahrens zu berücksichtigen ist. Da der Einzug zu Abwicklungszwecken der Befriedigung der Drittgläubiger und der Finanzierung der Abwicklung dient, entfällt seine Berechtigung, soweit diese Zwecke gesichert sind. Nur solange der Einzug aufgrund der schlechten Liquiditätssituation noch erforderlich ist, kann der Liquidator auch sein Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter ausüben.

56 Dabei ist auch eine etwaige Verbesserung der Liquidität durch bereits eingezogene rückständige Einlagen anderer Gesellschafter berücksichtigungsfähig. Der Gleichbehandlungsgrundsatz steht dem nicht entgegen, da abschließend noch ein Ausgleich unter den Gesellschaftern durchzuführen ist.

57 Das Berufungsgericht hat zur Erforderlichkeit des Einzugs zu Abwicklungszwecken keine Feststellung getroffen. Es hat zwar in Anbetracht des Vortrags zur weiteren wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft erhebliche

Zweifel daran geäußert, dass die Einlage des Beklagten noch für die Abwicklung benötigt wird, die Frage aber dennoch ausdrücklich offen gelassen.

58 Ob die Erforderlichkeit des Einzugs der rückständigen Einlagen aufgrund des von der Klägerin mitgeteilten Gesellschafterbeschlusses vom 15. Mai 2017 über die Beauftragung des Abwicklers mit der Einziehung anders zu beurteilen wäre, bedarf hier keiner Entscheidung. Dieser neue Tatsachenvortrag der Klägerin in der Revisionsinstanz ist gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Zwar ist § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Umstände, die sich erst während der Revisionsinstanz bzw. nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (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). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt, da der Beklagte die Beschlussfassung und deren Wirksamkeit zulässig mit Nichtwissen bestritten hat.

59 b) 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.

60 aa) Der Abwickler einer Publikums-KG ist auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern befugt, sofern keine anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelung existiert. Das gilt auch für einen nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler der Gesellschaft.

61 (1) Ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Befugnis des Liquidators bei einer Personengesellschaft besteht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

62 (aa) Nach früherer höchstrichterlicher Rechtsprechung gehört die Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des internen Ausgleichs unter den Gesellschaftern einer Personengesellschaft oder die Einforderung von Nachschüssen gemäß § 735 BGB (i.V.m. § 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB) zum Ausgleich unter den Gesellschaftern grundsätzlich nicht mehr zum Aufgabenkreis der Liquidatoren, es sei denn, diese Tätigkeit ist ihnen im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschaftsbeschluss zusätzlich übertragen worden (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 1966 - II ZR 34/64, BB 1966, 844; Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 54).

63 Für den Fall der Liquidation einer Publikumsgesellschaft hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung allerdings im Hinblick auf die bei Publikumsgesellschaften bestehenden Besonderheiten wiederholt in Frage gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, WM 1977, 1449; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 41). Anknüpfend daran hat er für die Liquidation einer Publikums-GbR entschieden, dass der Abwickler in die von ihm zu erstellende Auseinandersetzungsbilanz auch ohne besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag die zu unselbständigen Rechnungsposten gewordenen, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche der Gesellschafter untereinander und gegen die Gesellschaft zumindest dann einzustellen hat, wenn die Gesellschafterversammlung durch einen Beschluss diese Ansprüche in die Schlussabrechnung einbezogen hat. Andernfalls sei bei der für solche Massen-

gesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die untereinander nicht persönlich verbunden sind, der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern nicht gewährleistet, jedenfalls aber würde er in unzumutbarer Weise erschwert (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34 ff.; Urteil vom 20. November 2012 - II ZR 148/10, juris Rn. 34).

64 Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof wegen des engen Zusammenhangs zwischen der Abwicklung des Gesellschaftsvermögens (§ 730 BGB) und dem internen Ausgleich unter den Gesellschaftern in Frage gestellt, ob überhaupt daran festzuhalten sei, dass der Kontenausgleich unter den Gesellschaftern nicht mehr als Gegenstand der Abwicklung und damit nicht als Aufgabe der Abwickler anzusehen sei, wenn er ihnen nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag übertragen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34 ff.).

65 (bb) In der Literatur wird zum Teil vertreten, der Liquidator sei ohne besondere Ermächtigung durch die Gesellschaft weder befugt, rückständige Einlagen zum Zweck des internen Gesellschafterausgleichs einzuziehen, noch Nachschüsse gemäß § 735 BGB zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung oder zur Ausgleichung unter den Gesellschaftern geltend zu machen (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 11, 15; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 149 Rn. 3; Kamanabrou in Oetker, HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 7, 11). Danach stelle der Gesellschafterausgleich kein zum Aufgabenkreis der Liquidatoren gehörendes typisches Abwicklungsgeschäft dar, und die Einforderung von Nachschüssen nach § 105 Abs. 3 HGB, § 735 BGB betreffe den Ausgleich der Kapitalkonten, was Aufgabe der Gesellschafter und nicht der Liquidatoren sei. Der Anspruch auf Nachschussleistung könne auch nicht als ein der Gesellschaft zustehender Sozialanspruch angesehen werden. Es handele sich um keine auf dem mitgliedschaftlichen Rechtsverhält-

nis basierende Forderung, sondern um einen reinen Ausgleichsanspruch der Gesellschafter untereinander; die Berücksichtigung innergesellschaftlicher Verhältnisse aber sei in der Liquidation nicht vorgesehen und würde diese nur unnötig erschweren.

66 (cc) Nach einer differenzierenden Ansicht (Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., § 149 Rn. 6, 10 f.) können Einlagen und Nachschüsse nicht durch den Liquidator eingefordert werden, sofern dies dem Innenausgleich der Gesellschafter oder der Rückerstattung von Einlagen dienen soll; die Einforderung von Nachschüssen zur Berichtigung von Gesellschaftsschulden sei hingegen als Anspruch der Gesellschaft durch den Liquidator geltend zu machen. Dies folge daraus, dass in Personenhandelsgesellschaften (anders als bei § 733 Abs. 2 Satz 1 BGB) eine Einlagenerstattung nicht vorgesehen sei, so dass Gesellschafter Fehlbeträge untereinander auszugleichen hätten.

67 (dd) Andere halten die Liquidatoren gemäß § 149 HGB sowohl zur Einforderung von rückständigen Einlagen als auch von Nachschüssen zum Zweck des internen Gesellschafterausgleichs für befugt, da der Ausgleich unter den Gesellschaftern noch zu den Aufgaben des Liquidators gehöre (MünchKomm HGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 20, 29; ders. ZHR 153 [1989], 270, 294 ff.; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 23, 31 f.; Klöhn in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 149 HGB Rn. 12; Anissimov in Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl., § 149 Rn. 6; Rock/Contius, ZIP 2017, 1889, 1890 ff., 1897). Danach schließe die Liquidation die Vollbeendigung aller Rechtsbeziehungen ein (MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 21; ders. ZHR 153 [1989], 270, 296; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 24). Der Liquidator bleibe bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft im Amt. Er habe im Rahmen der Rechnungslegung (§§ 154, 155 HGB) die Kapitalkonten für die Gesellschafter

für die Auseinandersetzung zu errechnen und die für die Schlussabwicklung nach § 735 BGB erforderlichen Beträge einzuziehen, wenn und soweit sich im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung ein Passivsaldo zu Lasten des in Anspruch genommenen Gesellschafters ergebe (MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 21; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31 f.). Die Führung der Kapitalkonten diene in erster Linie dazu, die Endabrechnung zwischen den Gesellschaftern vorzubereiten; die Vorschrift des § 155 HGB sei mit Hilfe des technischen Mittels der Kapitalanteile sozusagen eine Kurzfassung der §§ 733 bis 735 BGB (vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 29; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31 f., unter Verweis auf Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 181 f.; Ensthaler, Die Liquidation von Personengesellschaften, 1985, S. 35 ff., 114 ff.; Hillers, Personengesellschaft und Liquidation, 1988, S. 272).

68 (2) Der Senat schließt sich jedenfalls für den Fall der Liquidation einer Publikums-KG der zuletzt genannten Auffassung an.

69 (aa) Bereits die Systematik der §§ 145 ff. HGB zeigt, dass - wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 730 bis 735 BGB - ein enger Zusammenhang zwischen der den Liquidatoren obliegenden Abwicklung des Gesellschaftsvermögens einerseits und dem Ausgleich der Gesellschafter untereinander andererseits besteht. Hinzu kommt, dass die eingesetzten Liquidatoren grundsätzlich bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft im Amt bleiben. Diese tritt erst dann ein, wenn kein Aktivvermögen der Gesellschaft mehr vorhanden ist, welches wiederum grundsätzlich auch in einer nach § 149 HGB einzuziehenden noch offenen Forderung der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter bestehen kann (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 155 Rn. 21). Zwar zählt die Forderung aus einem Saldenausgleich nach klas-

sischem Verständnis nicht mehr zu den Forderungen im Sinne von § 149 HGB. Die Liquidatoren haben aber jedenfalls im Rahmen ihrer Rechnungslegung gemäß § 154 HGB in der Liquidationsschlussbilanz die Kapitalanteile der Gesellschafter für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens gemäß § 155 Abs. 1 HGB zu errechnen und dabei auch die sich aus §§ 733 bis 735 BGB i.V.m. § 105 Abs. 2 HGB ergebenden Einzelansprüche als unselbständige Rechnungsposten in die Kapitalkonten der Gesellschafter einzustellen (vgl. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 181 f.; Ensthaler, Die Liquidation von Personengesellschaften, 1985, S. 35 ff., 114 ff.; Hillers, Personengesellschaft und Liquidation, 1988, S. 272). Auch aus § 155 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 HGB ergibt sich, dass die Liquidatoren in der Liquidation bei einer etwaigen vorläufigen Verteilung bereits mögliche Ansprüche der Gesellschafter bei der Schlussverteilung zu berücksichtigen haben (vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 29).

70 Die frühere, den Materialien zum Handelsgesetzbuch (siehe Schuber/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Band II/1, S. 49) entsprechende Auffassung der Rechtsprechung beruhte noch auf einem Gesamthandsverständnis der Personengesellschaften, das keine Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft kannte, inzwischen aber überholt ist. Ausgleichsansprüche der Gesellschafter sind daher nicht mehr als reine Ansprüche der Gesellschafter untereinander anzusehen, sondern vielmehr als auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende (Sozial-)Ansprüche der Gesellschaft bzw. gegen die Gesellschaft, deren Ausgleichung mithin auch den Liquidatoren im Rahmen der Vollbeendigung der Gesellschaft zugewiesen werden kann.

71 (bb) Jedenfalls im vorliegenden Fall der Auflösung einer Publikums-KG in Form einer Massengesellschaft ist eine solche Befugnis des Liquidators des-

halb zu bejahen, weil andernfalls der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern bei der für Massengesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die untereinander nicht persönlich verbunden sind, nicht gewährleistet, zumindest aber in unzumutbarer Weise erschwert wäre (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34). Schon dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es, jedenfalls bei Publikumsgesellschaften eine Befugnis des Liquidators zum Innenausgleich auch ohne zumindest indirekte Ermächtigung durch die Gesellschafter - wie etwa in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-GbR in Form einer von einer Gesellschafterversammlung festgestellten (vorläufigen) Schlussrechnung unter Einbezug des Innenausgleichs (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34; Urteil vom 20. November 2012 - II ZR 148/10, juris Rn. 34) - anzunehmen.

72 Das gilt auch dann, wenn die Abwicklung der Gesellschaft nach § 38 KWG angeordnet wurde. Zwar hat ein nach § 38 Abs. 2 KWG bestellter Abwickler nur dieselben gesellschaftsrechtlichen Befugnisse wie ein von den Gesellschaftern bestellter Liquidator. Die BaFin hat aber nicht nur die Abwicklung der erlaubnispflichtigen Geschäfte, sondern die Abwicklung der Klägerin insgesamt angeordnet, und die Bestellung eines Abwicklers beantragt, um u.a. im Interesse der Gesellschafter der Klägerin eine ordnungsgemäße Abwicklung sicherzustellen. Dieser Anordnungszweck erfasst auch den ordnungsgemäßen Ausgleich unter den Gesellschaftern der Klägerin.

73 Ob darüber hinaus Liquidatoren von Personengesellschaften generell auch ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Ermächtigung als zur Durchführung des Ausgleichs unter den Gesellschaftern berechtigt anzusehen sind, bedarf hier keiner Entscheidung.

- 74 bb) 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 (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 53). Das gilt grundsätzlich auch im Fall einer Publikumsgesellschaft.
- 75 Ob und inwieweit 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.
- 76 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).
- 77 1. Für eine Entscheidung über einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der noch offenen Einlage zum Zwecke der Abwicklung der Gesellschaft bedarf es weiterer Feststellungen dazu, ob die Einlage des Beklagten hierfür erforderlich ist. Eine eigene Beurteilung der Erforderlichkeit gemäß § 563 Abs. 3 ZPO ist dem Senat anhand der Angaben im Berufungsurteil nicht möglich. Den Ausführungen ist lediglich zu entnehmen, dass die Klägerin sich positiv wirtschaftlich entwickelt habe. Konkretere, bezifferte Angaben zur Beurteilung der Erforderlichkeit ergeben sich daraus nicht. Der pauschale Verweis auf die Darstellung der wirtschaftlichen Entwicklung im Schriftsatz der Klägerin vom 21. August 2015 reicht nicht aus.

78 2. Auch über einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der rückständigen Einlage zur Durchführung des Ausgleichs unter den Gesellschaftern kann der Senat nicht abschließend entscheiden, da das Berufungsgericht zur Vorlage eines Ausgleichungsplans und einem sich daraus ergebenden Passivsaldo zu Lasten des Beklagten - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen hat.

79 Ein solcher Ausgleichungsplan ist hier auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Zwar kann es unter besonderen Umständen, insbesondere wenn die Abwicklung längere Zeit dauert und den Belangen der Gläubiger schon vorher voll Rechnung getragen ist, nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung gerechtfertigt sein, auch ohne Ausgleichungsplan Vorschüsse an die ausgleichsberechtigten Gesellschafter zu zahlen und dementsprechend rückständige Einlagen einzufordern. Das setzt aber in jedem Fall die Feststellung voraus, dass der in Anspruch genommene Gesellschafter im Ergebnis noch etwas einzuzahlen hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424 f.; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 53 f.). In diesem Fall muss der Liquidator, d.h. hier die Klägerin, den geltend gemachten

Ausgleichsanspruch dartun und beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 54). Auch dazu liegen aber keine Feststellungen des Berufungsgerichts vor.

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Frankenthal, Entscheidung vom 07.11.2014 - 6 O 229/14 -

OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 28.04.2016 - 4 U 171/14 -