



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

II ZR 92/16

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

in dem Rechtsstreit

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Revision wird das Endurteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 13. April 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin hinsichtlich ihres Feststellungsantrags auf Einstellung ihrer Einlageforderung in die Auseinandersetzungsrechnung der Parteien zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Regensburg vom 24. März 2015 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zugunsten der Klägerin eine Einlageforderung von 36.000 €, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

aus 500 € seit dem 16. November 2011,

aus weiteren 500 € seit dem 16. Dezember 2011,

aus weiteren 500 € seit dem 16. Januar 2012,

aus weiteren 500 € seit dem 16. Februar 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. März 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. April 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. Mai 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. Juni 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. Juli 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. August 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. September 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. Oktober 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. November 2012,  
aus weiteren 500 € seit dem 16. Dezember 2012,  
jeweils bis zum 31. Dezember 2012 einzustellen ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 55 % und der Beklagte zu 45 %.

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 22. April 2010 als Treugeberkommanditist mit einem Zeichnungsbetrag von 60.000 € zuzüglich 6 % Agio bei. Der Gesamtbetrag von 63.600 € war gemäß einer Zusatzvereinbarung in Form einer Kontoeröffnungszahlung von 18.600 € und monatlichen Raten in Höhe von je 500 € ab dem 15. Mai 2010 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 den Treuhänder RA K. H. B. , , mittelbar an der Gesellschaft beteiligen. Der Treuhänder erwirbt, hält und verwaltet die Kommanditanteile treuhänderisch jeweils anteilig für die Treugeberkommanditisten. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Treuhänder, 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) Die Erbringung von Einlagen kann auch in Einzelbeträgen erfolgen. Dazu ist eine gesonderte Teilzahlungsvereinbarung erforderlich. [...] Ab dem Zeitpunkt der voll geleisteten Einlage besteht die Möglichkeit der jährlichen Entnahmen. Während der Laufzeit der Teilzahlungsvereinbarung sind Entnahmen nicht zulässig. Noch nicht erbrachte Teilzahlungsbeträge werden als ausstehende Einlagen behandelt und verbucht.

- (5) Gesellschafterkonten

Für jeden Kommanditisten werden folgende Kapitalkonten geführt:

[...]

#### § 8 Gesellschafterversammlungen

[...]

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

[...]

#### § 13 Dauer der Gesellschaft

- (1) Die Gesellschaft beginnt mit der Eintragung in das Handelsregister und wird auf unbestimmte Zeit errichtet.

- (2) Die Beteiligung ist für mindestens zehn Jahre ab Beitritt des jeweiligen Kommanditisten unkündbar. [...]

- (3) Die Kündigung hat nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Der Kündigende scheidet vielmehr aus der Gesellschaft aus.
- (4) Bei vorzeitiger vertragswidriger Beendigung dieses Vertrages oder bei Zahlungseinstellung schuldet der Gesellschafter der M. Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. 2. KG neben dem Aufgeld (Agio) zur Deckung der Emissions-, Vertriebs- und Verwaltungskosten eine Abgangsentschädigung in Höhe von 19% seiner Gesamtzeichnungssumme ohne Agio. Ein etwaiges Abfindungsguthaben des Gesellschafters ist um die Abgangsentschädigung zu kürzen. Fehlbeträge sind nach Abrechnung zur Zahlung fällig.

[...]

Im Falle der außerordentlichen Beendigung ist ein etwaiges Abfindungsguthaben erst fällig zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beteiligung erstmals hätte ordentlich gekündigt werden können, frühestens zum Ende der vereinbarten Mindestvertragslaufzeit."

4 Der Treuhandvertrag (im Folgenden: TrhV) zwischen dem Beklagten und dem Treuhandkommanditisten 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 Kommanditbe-

teilung erwachsenden Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft im eigenen Namen, aber gemäß der Weisungen des Treugebers aus. Sofern der Treugeber keine Weisungen erteilt und seine Gesellschafterrechte nicht selbst ausübt, übt der Treuhänder die Gesellschafterrechte nach billigem Ermessen aus.

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

#### § 4 Abtretung, Ausübung der Kontrollrechte

- (1) Der Treuhänder tritt hiermit sämtliche Ansprüche aus dem treuhänderisch gehaltenen Kommanditanteil aus dem festzustellenden Jahresergebnis (Gewinn bzw. Verlust), die Entnahmen sowie dasjenige, was ihm im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft zusteht, in Höhe des Anteils des Treugebers an diesen ab. Der Treugeber nimmt diese Abtretung hiermit an. Der Treuhänder ist ermächtigt, die an den Treugeber abgetretenen Ansprüche aus dem Kommanditanteil im eigenen Namen für Rechnung des Treugebers einzuziehen.
- (2) Der Treugeber ist berechtigt, die dem Treuhänder nach dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft zustehenden Kontrollrechte selbst auszuüben. Will der Treugeber seine Kontrollrechte selbst ausüben, erteilt ihm der Treuhänder auf Verlangen eine entsprechende Vollmacht.

#### § 5 Einzahlung der gezeichneten Einlage

- (1) Der Treugeber hat die in der Beitrittserklärung vereinbarte Einzahlung inkl. 6% (Sechs) Agio auf das in der Beitrittserklärung und in § 1 dieses Vertrags genannte Konto des Treuhänders zu zahlen. Nach Eingang leitet der Treuhänder die vereinbarte Einlage unter Einhaltung der Regularien an die Gesellschaft weiter.

[...]

#### § 6 Freistellung des Treuhänders

Der Treugeber stellt den Treuhänder bis zur Höhe der durch den Treugeber gezeichneten Einlage von allen Verbindlichkeiten frei, die bei der pflichtgemäßen Erfüllung dieses Treuhandvertrages und des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft in Zusammenhang mit der

Übernahme, dem Halten und der Verwaltung der für seine Rechnung übernommenen Kommanditbeteiligung entstehen.

§ 7 Gesellschafterversammlungen, Gesellschafterbeschlüsse

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

- 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 November 2011 leistete der Beklagte keine Ratenzahlungen mehr. Im Rechtsstreit hat er die Anfechtung seiner Beteiligungs- und Beitrittserklärung wegen arglistiger Täuschung und die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit dem seiner Behauptung nach täuschungsbedingten Gesellschaftsbeitritt erklärt.
- 6 Die Klägerin, vertreten durch den nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler, nimmt den Beklagten auf Zahlung von rückständigen Raten bis einschließlich Dezember 2013 in Höhe von insgesamt 13.500 € sowie von 45 künftigen Raten in Höhe von je 500 €, jeweils nebst Zinsen in Anspruch. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zu ihren Gunsten eine Einlageforderung von 36.000 € nebst Zinsen einzustellen sei.
- 7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage in Bezug auf den Hilfsantrag nicht nur - wie in erster Instanz - als derzeit sondern als endgültig abzuweisen sei. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klage vollumfänglich weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg. Das Rechtsmittel ist hinsichtlich der Abweisung ihres Hauptantrags unbegründet, hinsichtlich der Abweisung ihres hilfsweisen Feststellungsantrags hingegen überwiegend begründet.

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

10 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten als Treugeberkommanditisten nach den vertraglichen Regelungen kein eigener Anspruch auf Leistung der Einlage zu. Eine Verpflichtung der Treugeber zur unmittelbaren Zahlung an die Gesellschaft sei weder dem Gesellschafts- noch dem Treuhandvertrag, der Beitrittserklärung oder der Zusatzvereinbarung zu entnehmen. Danach hätten die Treugeber ihre Einlage vielmehr ausdrücklich auf das Konto des Treuhänders zu leisten. Allein aus den Regelungen im Treuhandvertrag zur wirtschaftlichen Gleichstellung der Treugeber und zur Ausübung der Gesellschafterrechte ergebe sich kein direkter Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage. Auch ein Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht des Treuhänders bestehe nicht. Ein Anspruch auf Zahlung der Einlageraten zur Abwicklung der Gesellschaft entfalle, weil der eingeforderte Betrag nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts nicht zur Verwirklichung des Liquidationszwecks benötigt werde. Der diesbezügliche ergänzende Vortrag der Klägerin im Berufungsverfahren sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern könne die Klägerin die Einlagenzahlung jedenfalls derzeit ebenfalls nicht verlangen, weil es an dem dafür erforderlichen Auseinandersetzungsplan fehle. Schließlich sei auch ihr hilfsweiser Fest-

stellungsantrag abzuweisen, weil aus den vom Treuhänder abgetretenen Rechten kein Abrechnungsanspruch im Verhältnis der Parteien folge.

11           II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

12           1. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Klägerin gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zahlung der offenen Einlageforderung zusteht.

13           a) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann die Klägerin den Beklagten allerdings grundsätzlich unmittelbar aus eigenem Recht auf Leistung der Einlage in Anspruch nehmen.

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

15           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 ge-

stalten, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 19 mwN). Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn - wie bei Publikumsgesellschaften häufig - die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vornherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind (BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 Rn. 14).

16           bb) Ausgehend davon hat das Berufungsgericht jedoch fehlerhaft angenommen, dass dem Beklagten nach der hiesigen Vertragskonstruktion im Innenverhältnis keine Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafters) zukomme.

17           Wie der erkennende Senat nach Erlass der angefochtenen Entscheidung mit Urteil vom 30. Januar 2018 (II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 20 ff.) im Rahmen der ihm als Revisionsgericht obliegenden objektiven Auslegung (st. Rspr., BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 18 mwN) zu im Wesentlichen wortgleichen Regelungen in einem Gesellschafts- und Treuhandvertrag nebst Beitrittserklärung einer Schwestergesellschaft der Klägerin entschieden hat, kommt den Treugeberkommanditisten danach aufgrund der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Verzahnung des Gesellschafts- und des Treuhandvertrags, im Innenverhältnis zu den anderen Treugebern, den Kommanditisten, der Komplementärin und der Klägerin die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) zu. Von dieser Auslegung abzuweichen besteht kein Anlass.

- 18            b) Dieser Anspruch der Klägerin auf Leistung der noch offenen Einlageforderung in Höhe von 36.000 € ist auch nicht – wie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit dem Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht zutreffend erkannt hat - mit der Abwicklungsanordnung der BaFin gemäß § 38 KWG entfallen.
- 19            Die Abwicklungsanordnung wirkt gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 KWG wie ein gesellschafts- bzw. handelsrechtlicher Auflösungsbeschluss und führt zur Liquidation des Unternehmens. Der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler hat grundsätzlich die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellter Liquidator und damit u.a. die Aufgabe, rückständige Einlagen einzuziehen, wenn und soweit sie für die Durchführung der Liquidation, insbesondere für die Befriedigung der Gläubiger benötigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 43 f.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 34 f.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 33 f.).
- 20            Bei der noch offenen Einlageverpflichtung des Beklagten handelt es sich, um eine "rückständige" Einlage im Sinne der obigen Rechtsprechung, unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt der Abwicklungsanordnung bereits fällig war oder nicht. Die Einlageverpflichtung ist gemäß der Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung bereits mit der Zeichnung der Beteiligung durch den Beklagten in der gesamten Höhe von 63.600 € entstanden. Mit der Zusatzvereinbarung wurde dem Beklagten nur eine Ratenzahlung in Form einer Stundung gewährt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 40; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 36 f.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 35 f.). Anderes ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV, der lediglich die gesellschaftsinterne Beteiligung des Treugebers im Verhältnis zu den übrigen Gesell-

schaftern betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 39; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 38).

21 Die Einforderung der rückständigen Einlage stellt auch kein neues, werbendes Geschäft dar, das der Klägerin ab dem Zeitpunkt der sofort vollziehbaren Abwicklungsanordnung gemäß § 38 KWG, § 149 HGB grundsätzlich untersagt wäre. Es handelt sich lediglich um die Abwicklung der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen, die zudem dem geänderten, der Abwicklungsanordnung entsprechenden Gesellschaftszweck der Liquidation dienen soll (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 39; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 40 f.). Aus diesem Grund entfällt die Leistungspflicht des Beklagten auch nicht deshalb, weil es der Klägerin aufgrund des behördlichen Verbots untersagt wäre, "neue" Einlagen entgegenzunehmen und die Kommanditanteile der Anleger in der Liquidation vertragsgemäß entsprechend zu erhöhen (§ 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 48; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 42).

22 c) Die vom Beklagten erklärte Anfechtung der Beteiligung wegen arglistiger Täuschung 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). Für eine abweichende Beurteilung sieht der Senat keinen Anlass.

23 d) Soweit der Beklagte die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen einer von ihm behaupteten Fehlberatung im Zusammenhang mit seinem Beitritt berufen hat, steht dies dem Zahlungsverlangen der Klägerin bereits deshalb nicht entgegen, weil es insoweit an ihrer Passivlegitimation fehlt (vgl. BGH,

Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706, 1707; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 242/16, juris Rn. 50).

24 Auch die vom Beklagten geltend gemachte Beschränkung des Zahlungsanspruchs aufgrund von § 13 Abs. 4 GV kommt nicht in Betracht. § 13 Abs. 4 GV enthält keine Beschränkung der Leistungspflicht bei Zahlungseinstellung, sondern vielmehr eine zusätzliche Verpflichtung zur Zahlung einer "Abgangsentschädigung" für aufgewandte Emissions-, Vertriebs- und Verwaltungskosten (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 242/16, juris Rn. 51).

25 e) Einem Zahlungsanspruch der Klägerin steht jedoch entgegen, dass es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an der Erforderlichkeit der Einlage des Beklagten zur Abwicklung der Gesellschaft fehlt und die Klägerin auch eine Erforderlichkeit zum Ausgleich unter den Gesellschaftern nicht dargetan hat.

26 aa) Ein Anspruch auf Zahlung der Einlage zu Abwicklungszwecken scheitert daran, dass die Einlage für die Abwicklung der Gesellschaft nicht mehr benötigt wird.

27 (1) Grundsätzlich dürfen ausstehende Einlagen im Rahmen der Liquidation einer Fondsgesellschaft nur eingefordert werden, wenn und soweit dies zur Durchführung der Abwicklung, d.h. für die Befriedigung der Gläubiger oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten erforderlich ist. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der eingeforderte Betrag für die Abwicklung nicht benötigt wird, obliegt dem Gesellschafter. Der Liquidator hat jedoch die insoweit bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzustellen, soweit nur er dazu imstande ist; er hat im Einzelnen darzulegen, wozu die eingeforderten Beträge im Rahmen der Abwicklung benötigt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Erforderlichkeit ist der Schluss der mündlichen Verhandlung, so

dass auch eine etwaige positive Entwicklung der Liquiditätssituation im Laufe des Verfahrens zu berücksichtigen ist. Nur solange der Einzug aufgrund der schlechten Liquiditätslage noch erforderlich ist, kann der Liquidator auch sein Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter ausüben (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 58 ff.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 54 ff.; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 41 ff.).

28                   (2) Danach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Einlage des Beklagten für Abwicklungszwecke nicht mehr benötigt wird.

29                   (a) Das Berufungsgericht hat sich in nicht zu beanstandender Weise darauf gestützt, dass die Klägerin nach der von ihr vorgelegten Jahresbilanz zum 31. Dezember 2012, welche nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der wirtschaftlichen Situation der Klägerin zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht entsprach, über einen Liquiditätsüberschuss verfügte. Danach standen den Aktiva in Höhe von 7,6 Mio. € (Forderungen gegenüber Kreditinstituten in Höhe von 3,6 Mio. € und Leasingvermögen in Höhe von 4 Mio. €) lediglich Passiva in Form von Verbindlichkeiten in Höhe von rund 0,23 Mio. € und Rückstellungen in Höhe von 2,6 Mio. € gegenüber. Nicht zu beanstanden und von der Revision unangefochten ist weiter die Feststellung des Berufungsgerichts, dass sich aus dem Vorbringen der Klägerin im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 22. September 2014 kein weitergehender Finanzbedarf der Klägerin ergibt.

30                   (b) Dass das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin zu weiteren Kosten im zweitinstanzlichen Schriftsatz vom 12. November 2015 gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat, ist entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden.

31 (aa) Der Einwand der Revision, § 531 ZPO sei nicht auf das Vorbringen solcher Tatsachen anzuwenden, die auch in einem neuen Verfahren geltend gemacht werden könnten, greift nicht.

32 Die von der Revision hierzu angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - VII ZR 229/03, NJW-RR 2005, 1687, 1688; Urteil vom 18. Dezember 2003 - VII ZR 124/02, WM 2004, 1238, 1239) sind nicht einschlägig. Sie betreffen die nachträgliche Erstellung einer Schlussrechnung als materiell-rechtliche Voraussetzung für die Fälligkeit einer Werklohnforderung (siehe auch BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 - VII ZR 335/02, NJW-RR 2004, 167 Rn. 17 f.). Hierzu hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, die Präklusionsvorschriften sollten die Parteien dazu anhalten, zu einem bereits vorliegenden Tatsachenstoff rechtzeitig vorzutragen, nicht aber, auf eine beschleunigte Schaffung der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen hinwirken. Das Ziel der Präklusionsvorschriften, eine abschließende Klärung des Rechtsstreits in angemessener Zeit zu fördern, werde nicht erreicht, wenn die Schlussrechnung nicht berücksichtigt und die Klage daher als derzeit unbegründet abgewiesen werde, der Streit aber anschließend in einem erneuten Rechtsstreit mit demselben Gegenstand erneut ausgetragen werden müsse.

33 Diese Erwägungen sind auf die Darlegung der Erforderlichkeit der Einziehung der Einlage zur Abwicklung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht übertragbar. Hierbei geht es nicht um die Schaffung einer materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung, sondern um die Darlegung der in diesem Zeitpunkt bestehenden finanziellen Lage der Gesellschaft, mithin um Vortrag zu einem bereits vorliegenden Tatsachenstoff. Genau dieser Fall wird vom Gesetzeszweck der Präklusionsvorschriften erfasst.

34 Das gilt entgegen der Ansicht der Revision auch dann, wenn die Klage in erster Instanz nur als derzeit unbegründet abgewiesen wurde. Auch dann hätte es dem Kläger im Rahmen seiner Prozessförderungspflicht im erstinstanzlichen Verfahren obliegen, die ihm zu diesem Zeitpunkt bereits zur Verfügung stehenden Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen. Die Klageabweisung als derzeit unbegründet ändert daran nichts. Sie bewirkt (lediglich) eine Beschränkung der materiellen Rechtskraft der Entscheidung dahingehend, dass der Anspruch dem Kläger auf Grund des im Verfahren zugrunde zu legenden Sachverhalts gegen den Beklagten noch nicht zusteht (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl., § 322 Rn. 51), um ihm bei Wegfall des konkreten Abweisungsgrundes oder Eintritt der zuvor fehlenden materiellen Anspruchsvoraussetzung eine erneute Klageerhebung zu ermöglichen. Sie dient hingegen nicht dazu, ihm nachträgliches Vorbringen im Berufungsverfahren, das er unter Verletzung seiner erstinstanzlichen Prozessförderungspflicht bislang nicht vorgetragen hat, zu gestatten.

35 (bb) Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, lagen die Voraussetzungen für die Zulassung des neuen Vortrags der Klägerin nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht vor. Die Frage der Erforderlichkeit der Einlage des Beklagten für die Abwicklung der Gesellschaft war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits in erster Instanz zwischen den Parteien streitig und ihre Erheblichkeit der Klägerin nach dem Hinweis des Landgerichts vom 20. August 2014 auch bewusst. Warum die Klägerin dennoch den weiteren Vortrag zu der wirtschaftlichen Entwicklung nicht bereits in erster Instanz gehalten hat, ist nicht dargetan. Das gilt sowohl für den Vortrag zu bereits angefallenen und noch künftig zu erwartenden Abwicklungskosten als auch zu dem von der Klägerin befürchteten Schadensersatzanspruch einer Anleger-Interessengemeinschaft. Auch die Revision macht nicht geltend, dass der Klägerin dieser Vortrag oder die Berechnung der Kosten bis zum Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung ohne Nachlässigkeit nicht möglich gewesen sei.

- 36 (3) Ob die Erforderlichkeit des Einzugs 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. Die Voraussetzungen, unter denen trotz § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausnahmsweise nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingetretene neue Tatsachen zu berücksichtigen sein können (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 Rn. 21; Urteil vom 8. November 2016 - II ZR 304/15, BGHZ 212, 342 Rn. 18 mwN), liegen nicht vor.
- 37 bb) Die Klägerin kann die Zahlung der offenen Einlage auch nicht zum Gesellschafterausgleich verlangen.
- 38 (1) Wie der Senat mit Urteilen vom 30. Januar 2018 (II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 67 ff.; II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 68 ff. und II ZR 137/16, ZIP 2018, 781 Rn. 57 ff.) entschieden hat, ist der Abwickler zwar jedenfalls bei einer Publikums-KG auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern befugt, sofern keine anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelung existiert.
- 39 (2) Eine Einforderung rückständiger Einlagen zum Ausgleich zwischen den Gesellschaftern kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Regelfall jedoch erst dann in Betracht, wenn und soweit ein im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung zu erstellender Ausgleichungsplan einen Passivsaldo zu Lasten des in Anspruch genommenen Gesellschafters aufweist. Das gilt grundsätzlich auch im Fall einer Publikumsgesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 82; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 108/16, ZIP 2018, 829 Rn. 74 mwN).

40           Einen solchen Ausgleichungsplan oder eine Schlussbilanz mit entsprechenden Ausgleichsansprüchen gegen den Beklagten hat die Klägerin nach den insoweit unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht darge-  
41           tan. Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, dass ein solcher Aus-  
42           gleichungsplan hier auch nicht ausnahmsweise entbehrlich ist (vgl. dazu BGH,  
43           Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 84 mwN), ist eben-  
44           falls unangefochten und lässt keine Rechtsfehler erkennen.

41           2. Hinsichtlich der Abweisung ihres hilfsweise gestellten Feststellungsan-  
42           trags auf Einstellung der Einlageforderung als unselbständigen Abrechnungs-  
43           posten zu ihren Gunsten in die Abfindungsrechnung der Parteien hat die Revi-  
44           sion der Klägerin dagegen überwiegend Erfolg. Dem Antrag ist bis auf einen  
Teil des Zinsanspruchs stattzugeben.

42           a) Der Feststellungsantrag ist zulässig. Das Feststellungsinteresse der  
43           Klägerin ist in Anbetracht der laufenden Liquidation und des noch durchzufüh-  
44           renden Ausgleichs sowie des Bestreitens jeglicher Ansprüche der Klägerin  
durch den Beklagten gegeben.

43           b) Der Antrag ist auch begründet. Der Senat kann hierüber in der Sache  
44           abschließend selbst entscheiden, da die erforderlichen tatsächlichen Feststel-  
lungen getroffen und weitere entgegenstehende Feststellungen nicht zu erwar-  
ten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO).

44           Die noch offene Einlageforderung der Gesellschaft ist in die Schluss-  
rechnung einzustellen, da sie mangels Erforderlichkeit zur Abwicklung nicht  
eingefordert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2018 - II ZR 243/16,  
juris Rn. 81 mwN). Dem steht entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht ent-  
gegen, dass sich die Höhe der Forderung der Klägerin gegen den Beklagten  
künftig dadurch verändern könnte, dass die Gesellschaft bei einer Verschlech-

terung ihrer Liquiditätssituation möglicherweise noch mit Erfolg rückständige Einlagen beim Beklagten einzieht. Die titulierte Feststellung betrifft nur die Liquiditäts- und Abrechnungslage der Parteien im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Sollte der Beklagte später auf erneute Anforderung der Klägerin noch Einzahlungen leisten, wären diese daher ebenfalls in der zu erstellenden Schlussrechnung zu dem dann maßgeblichen Zeitpunkt einzustellen.

45 Die Höhe der einzustellenden Forderung richtet sich nach der Höhe der noch offenen Einlagen des Beklagten und beträgt mithin 36.000 €. Daneben sind in die Schlussbilanz Verzugszinsen gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB aus den jeweils fällig gewordenen Einlageraten einzustellen, jedoch nur bis zum 31. Dezember 2012. Ein weitergehender Anspruch auf Verzugszinsen steht der Klägerin nicht zu. Nach den insoweit maßgeblichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist aufgrund des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2012 davon auszugehen, dass die offenen Einlagen des Beklagten jedenfalls ab diesem Zeitpunkt für die Abwicklung nicht mehr erforderlich waren, so dass mit diesem Zeitpunkt die Zahlungsverpflichtung des Beklagten und damit auch die Verzugsvoraussetzungen ex nunc entfallen sind. Die bis dahin entstandenen Ansprüche der Klägerin aus Verzug bleiben davon wie etwa bei Eintritt einer auflösenden Bedingung (vgl. Erman/Hager, BGB, 15. Aufl., § 286

Rn. 75) oder einer Einrede (vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, Neubearb. 2014, § 286 Rn. 134) unberührt und sind in die Abrechnung einzustellen (vgl. Stüber, Der Grundsatz der Durchsetzungssperre bei Liquidation von Personengesellschaften, 2013, S. 65 f., 214).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Regensburg, Entscheidung vom 24.03.2015 - 6 O 2451/13 (2) -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 13.04.2016 - 2 U 630/15 -