



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 200/19

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

in dem Rechtsstreit

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 zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf bis zu 13.000 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein Filmfonds in Form einer Publikums-KG, nimmt den Beklagten als ehemaligen Kommanditisten auf Zahlung eines Abfindungsfehlsbetrags in Anspruch.

2

Der Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 7. September 2004 als Direktkommanditist mit einer Zeichnungssumme von 100.000 € zzgl. 3 % Agio an der Klägerin. Gemäß § 4 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags in der im Beitrittszeitpunkt geltenden Fassung (im Folgenden: GV aF) leistete er zunächst nur 50 % der Zeichnungssumme zuzüglich Agio; die restlichen 50 % 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 20.000,00 zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % der Pflichteinlage und muss durch 1.000 teilbar sein. ...

Die Treugeber und Direktkommanditisten sind verpflichtet, 50 % der Pflichteinlage zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen als Bareinlage zu leisten. 50 % 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 übersteigender 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 25. Juli 2012 beschloss die Gesellschafterversammlung § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 wie folgt zu ersetzen:

"4,5 % 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 4,5 % der Pflichteinlage fällig und forderte den Beklagten zur Einzahlung von 4.500 € auf. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nach und schied nach ordentlicher Kündigung seiner Beteiligung zum 31. Dezember 2014 aus der Klägerin aus.

5 Die Klägerin hat den Beklagten mit der Behauptung, der auf den 31. Dezember 2014 ermittelte Abfindungsfehlbetrag betrage 10.570 €, auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen, weil über die Höhe des Abfindungsguthabens kein Schiedsgutachten nach § 23 Nr. 6 GV eingeholt worden sei. Die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin, mit der sie zusätzlich hilfsweise die Feststellung beantragt hat, dass der Beklagte verpflichtet ist, an sie das durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer München zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter zu ermittelnde negative Abfindungsguthaben zu zahlen, hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat im Ergebnis keinen Erfolg. Sie wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des durch einen Schiedsgutachter zu ermittelnde negative Abfindungsguthaben statt als unbegründet als unzulässig abgewiesen wird.

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

8 Der Zahlungsantrag der Klägerin sei nicht begründet, weil der Beklagte einen etwaigen Abfindungsfehlbetrag nach § 167 Abs. 3 HGB nur bis zur Höhe einer rückständigen Einlage ausgleichen müsse und nach der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV bei seinem Ausscheiden keine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB mehr bestanden habe. Bei der Verrechnungsregel in § 4 Nr. 3 Abs. 2 GV aF habe es sich zwar lediglich um eine Fälligkeitsregelung gehandelt, mit der 50 % der Pflichteinlage bis zur Erwirtschaftung ausschüttungsfähiger Gewinne in entsprechender Höhe gestundet worden seien. Nach der Zahlung dieser 50 % durch den Beklagten habe daher eine noch offene Einlageforderung in Höhe von 50 %, d.h. 50.000 € bestanden. Mit der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV seien weitere 4,5 % der Pflichteinlage, d.h. 4.500 € fällig gestellt worden, die der Beklagte ebenfalls erbracht habe. Hinsichtlich der restlichen 45,5 % der Pflichteinlage sei § 167 Abs. 3 HGB dagegen mit der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV 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. Das sei nicht geschehen.

9 Da demnach schon dem Grunde nach kein Zahlungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten mehr bestehe, komme es auf die Frage, ob vorab ein Schiedsgutachten über die Höhe des negativen Abfindungsguthabens einzuholen gewesen sei, nicht an und habe auch der Hilfsantrag der Klägerin keinen Erfolg.

10 Mit der Zurückweisung der Berufung habe es allerdings hinsichtlich des Zahlungsantrags aufgrund von § 528 Satz 2 ZPO bei der Abweisung der Klage durch das Landgericht als derzeit unbegründet zu verbleiben.

11 II. Die Entscheidung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

12 1. Der Beklagte wendet sich ohne Erfolg gegen die Zulässigkeit der Berufung. Seine 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.

13 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 Be-

weiskraft. 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).

14 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.

15 2. Die Revision der Klägerin gegen die Abweisung ihres Hauptantrags auf Zahlung eines negativen Abfindungsguthabens in Höhe von 10.570 € nebst Zinsen als derzeit unbegründet hat keinen Erfolg. Die Klägerin wendet sich zwar zu Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, sie könne den Beklagten bereits dem Grunde nach nicht mehr 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 nicht endgültig abgewiesen, sondern es bei einer Abweisung als derzeit unbegründet belassen hat.

16 a) Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass die Klägerin den Beklagten 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 seiner "rückständigen Einlage" auf Ausgleich eines negativen Kapitalkontos in Anspruch nehmen kann.

17 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 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."

18 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 widerspräche die Annahme einer Nachschussverpflichtung der ausdrücklichen Regelung in § 4 Nr. 3 GV, der zufolge eine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen oder sonstiger die Pflichteinlage zuzüglich Agio übersteigender Zahlungen nicht besteht.

19 b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, nach der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV bestehe keine "rückständige Einlage" des Beklagten im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB mehr. Vielmehr handelt es sich auch nach der Neufassung von § 4 Nr. 3

GV bei den vom Beklagten noch nicht erbrachten restlichen 45,5 % seiner Zeichnungssumme um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB.

20 aa) Der Beklagte hat sich mit seiner Beitrittserklärung i.V.m. § 4 Nr. 3 GV aF zur Leistung einer Pflichteinlage in Höhe der gesamten Zeichnungssumme von 100.000 € verpflichtet.

21 Dass die Gesellschafter nach § 4 Nr. 3 Abs. 2 GV aF nur 50 % des Zeichnungsbetrags als Geldeinlage zu leisten hatten und die restlichen 50 % 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 Abs. 2 GV aF lediglich um eine Fälligkeitsregelung, mit der der nicht als Geldeinlage zu leistende Anteil von 50 % 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 "50 % 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 50 % des Zeichnungsbetrags nur bei Erzielung entsprechender ausschüttungsfähiger Gewinne entstehen sollte, kommt angesichts der ausdrücklichen Bezeichnung der restlichen 50 % als ausstehender Teil der Pflichteinlage nicht in Betracht.

22 Das gilt auch dann, wenn der Gesellschafter - wie hier - vor Erwirtschaftung ausreichender ausschüttungsfähiger Gewinne und damit vor Fälligkeit der

restlichen 50 % 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.

23 bb) Der Beklagte hat seine demnach geschuldete Pflichteinlage von 100.000 € bislang nur zu 54,5 %, d.h. in Höhe von 54.500 €, erbracht, so dass eine noch offene Einlageforderung in Höhe von 45.500 € besteht.

24 Der Einwand des Beklagten, seine Einlageverpflichtung sei bereits vor dem Beschluss vom 25. Juli 2012 im Wege der Verrechnung vollständig erfüllt worden, weil die Klägerin Fremddarlehen in Höhe von 50 % des gesamten

Fondskapitals aufgenommen und mit ausschüttungsfähigen Gewinnen zurückgeführt habe, trifft nicht zu.

25 (1) Der Beklagte macht geltend, dass nach dem Prospekt eine Fremdfinanzierung des Fonds in Höhe von 50 % der Kommanditeinlagen bis zum Jahr 2011 vorgesehen gewesen sei und nach Auskunft des Beirats im Jahr 2012 sämtliche von der Klägerin hierfür aufgenommenen Darlehen aus erwirtschafteten und ausschüttungsfähigen Gewinnen zurückgeführt worden seien. Damit, so der Beklagte, seien ausschüttungsfähige Gewinne in Höhe von 50 % ihrer Pflichteinlage zur Ablösung der Darlehen verwendet worden. Nach den tatsächlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sei daher eine Verrechnung der Gewinne mit seiner ausstehenden Pflichteinlage erfolgt und diese damit vollständig erbracht.

26 (2) Das trifft nicht zu. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte die restliche Pflichteinlage des Beklagten nicht mit fremden Mitteln finanziert werden, sondern durch Verrechnung mit ihm zustehenden ausschüttungsfähigen Gewinnansprüchen. Die Fremdfinanzierung sollte dagegen nur auf der Ebene der Gesellschaft "projektbezogen" erfolgen, um die durch die Stundung von 50 % 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 des Beklagten, dass diese Erträge eigentlich an ihn hätten ausgeschüttet werden müssen, so dass ihre Verwendung zur Rückführung von Darlehen der Klägerin als verkürzte Verrechnung mit seiner 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.

27 cc) Bei der noch offenen Einlageverpflichtung des Beklagten in Höhe von 45.500 € handelt es sich auch nach der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB.

28 (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 der 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 seiner noch nicht erbrachten Pflichteinlage, d.h. bis zum Betrag von 45.500 €, zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos verpflichtet war.

29 (2) An dem Umfang dieser Verlusthaftung des Beklagten hat sich durch die am 25. Juli 2012 beschlossene Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV nichts geändert.

30 (a) Wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, hat die Neufassung die Höhe der noch zu erbringenden restlichen Pflichteinlage nicht verändert.

31 Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Neufassung, in der weiterhin von 4,5 % "der Pflichteinlage" sowie hinsichtlich der weiteren noch offenen 45,5 %, die aufgrund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses eingefordert werden können sollten, ausdrücklich von dem "Rest der ausstehenden Pflichteinlage" die Rede ist. Dass mit der Vertragsänderung eine Reduzierung der geschuldeten Pflichteinlage beabsichtigt gewesen sein könnte, ist danach auszuschließen. Dagegen spricht auch, dass die weiteren 4,5 % der Pflichtein-

lage "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 4,5 % der Pflichteinlage - auf die restlichen 45,5 % der Einlageforderung verzichten wollte. Dass für ausgeschiedene Gesellschafter etwas anderes gelten sollte, ist dem Wortlaut der Neuregelung nicht zu entnehmen.

32 (b) Entgegen der Ansicht des Beklagten folgt aus der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV auch nicht, dass für das Entstehen einer Verpflichtung der Gesellschafter zur Erbringung der restlichen 45,5 % der Pflichteinlage eine entsprechende Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung konstitutiv erforderlich sein sollte.

33 Der Beklagte meint, erst durch die Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV seien die Gesellschafter verpflichtet worden, auch den nach § 4 Nr. 3 GV aF nicht als Bareinlage zu leistenden Anteil von 50 % der Zeichnungssumme unter den dort genannten Voraussetzungen zu erbringen. Die Verpflichtung zur Erbringung des restlichen Anteils von 45,5 % der Pflichteinlage sei danach von einer entsprechenden Beschlussfassung abhängig gemacht worden, die mithin konstitutiv für das Entstehen einer weiteren Beitragspflicht habe sein sollen. Da Gegenstand dieser Beschlussfassung eine Erhöhung der Beitragspflicht im Sinne der § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB, § 707 BGB wäre, bedürfe ein solcher Beschluss zudem der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters.

34 Das trifft nicht zu. Wie oben bereits ausgeführt, sind die Gesellschafter nicht erst durch die Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV zur Erbringung des ursprünglich nicht als Bareinlage zu leistenden Anteils der Zeichnungssumme verpflichtet worden, sondern waren hierzu bereits aufgrund von § 4 Nr. 3

GV aF verpflichtet. Mit der Neufassung wurde unter Beibehaltung der Höhe der insgesamt zu 100 % geschuldeten Pflichteinlage 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 zunächst weitere 4,5 % der Pflichteinlage auf schriftliches Anfordern durch die Geschäftsführung sowie für die restlichen 45,5 % der Pflichteinlage bei entsprechender Beschlussfassung durch die Gesellschafter) geändert. Diese Änderungen der Leistungsmodalitäten mögen den einzelnen Gesellschafter ungünstig getroffen haben, wenn er sich auf eine Verrechnungsmöglichkeit mit ausschüttungsfähigen Gewinnen eingestellt hatte. Eine weitere, neue Beitragspflicht, die nach § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB einer Zustimmung sämtlicher Gesellschafter 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), wurde ihm dadurch jedoch nicht auferlegt.

35 (c) Anders als vom Berufungsgericht angenommen, ergibt sich aus der Neufassung des § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV aber auch keine Einschränkung der Verlusthaftung ausgeschiedener Kommanditisten dahingehend, dass der von ihnen noch nicht geleistete Teil der Pflichteinlage nur bei entsprechender Einforderung durch einen Gesellschafterbeschluss "rückständig" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB sein soll. Die Auslegung des § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV durch das Berufungsgericht beruht auf einer rechtsfehlerhaften Gewichtung der Interessen der Beteiligten.

36 Dem Wortlaut der Neuregelung ist kein Anhaltspunkt für die vom Berufungsgericht angenommene Einschränkung zu entnehmen. Sie ergibt sich auch nicht aus den Interessen der Beteiligten und dem Zweck der Neuregelung.

37 Dem Berufungsgericht ist zwar darin zuzustimmen, dass mit der in § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 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 hatten. 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.

38 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.

39 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.) - trotz seiner gegenteiligen Auffassung als derzeit unbegründet abgewiesen belassen hat und sich seine Entscheidung insoweit im Ergebnis aus anderen Gründen als zutreffend erweist (§ 561 ZPO). Der Zahlungsantrag der Klägerin ist jedenfalls derzeit unbegründet, da entgegen § 23 Nr. 6 GV kein Schiedsgutachten über die Höhe des Abfindungsguthabens eingeholt worden ist.

40 Der Senat kann über die vom Landgericht bejahte, vom Berufungsgericht jedoch offen gelassene Frage, ob vor Klageerhebung die Einholung eines Schiedsgutachtens nach § 23 Nr. 6 GV geboten war, gemäß § 563 Abs. 3 ZPO auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts selbst entscheiden, da insoweit weitere Feststellungen weder erforderlich noch zu erwarten sind.

41 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 München zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter verbindlich ermittelt, wenn über die Höhe der Abfindung kein Einvernehmen erzielt werden kann.

42 Der Einwand der Klägerin, § 23 Nr. 6 GV erfasse den vorliegenden Fall nicht, weil er ein fehlendes Einvernehmen über die Höhe der Abfindung voraussetze und zwischen den Parteien allein Rechtsfragen, nämlich die Auslegung des Gesellschaftsvertrags und die Anwendbarkeit von § 167 Abs. 3 HGB streitig

seien, trifft nicht zu. Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts hat der Beklagte die Berechnung des Abfindungsguthabens bestritten. Der Beklagte weist hierzu mit der Revisi-
onserwidernng zutreffend auf sein Vorbringen hin, mit dem er insbesondere das Fehlen einer individuellen Berechnung seines Abfindungsguthabens beanstandet hat.

43 bb) Ohne Erfolg verweist die Klägerin außerdem auf ihr Vorbringen in den Vorinstanzen, mit dem sie - so die Klägerin - im Einzelnen weiter aufgezeigt habe, dass die Klage nicht aus den vom Landgericht angenommenen Gründen wegen der Schiedsgutachterklausel als derzeit unbegründet habe abgewiesen werden dürfen.

44 (1) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Berufung des Beklagten auf die Schiedsgutachtereinrede nicht treuwidrig (§ 242 BGB). Ihr Vorwurf, der Beklagte habe vorgerichtlich weder selbst Anstrengungen zur Einholung eines Gutachtens unternommen noch die Einholung eines Gutachtens gefordert, sondern sich erst lange nach Klageerhebung auf § 23 Nr. 6 GV berufen, reicht dafür nicht aus, da es nach § 23 Nr. 6 GV der Klägerin als Anspruchstellerin oblegen hätte, vor Klageerhebung die Initiative zur Einholung des Schiedsgutachtens zu ergreifen. Die Klägerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass § 23 Nr. 6 GV keine ausdrückliche Regelung dazu enthält, wer bei Streit über die Abfindungshöhe zur Einholung des Gutachtens verpflichtet sein sollte. Mangels anderweitiger vertraglicher Regelung ist daher in ergänzender Vertragsauslegung davon auszugehen, dass in diesem Fall 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 auch, dass derjenige, der sich eines Anspruchs aus dem zu ermittelnden Abfindungsguthaben

berühmte und diesen Anspruch geltend machen wollte, bei Streit über dessen Höhe die Initiative zur gemeinsamen Einholung eines Schiedsgutachtens zu ergreifen hatte.

45 Ein Fall der Verwirkung liegt nicht vor, weil jedenfalls das erforderliche Umstandsmoment nicht erfüllt ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin darauf vertrauen durfte, dass der Beklagte sich nicht mehr auf die Einholung eines Schiedsgutachtens berufen würde (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl., § 242 Rn. 95), hat die Klägerin weder im Verfahren noch mit der Revisionsbegründung dargetan und sind auch sonst nicht ersichtlich.

46 (2) Eine Leistungsbestimmung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Einholung eines gerichtlichen Gutachtens war nicht geboten.

47 (a) 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).

48 (b) 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 insoweit keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung, zumal die Klägerin jedenfalls durch die Entscheidung des Landgerichts auf die Erforderlichkeit des Gutachtens hingewiesen wurde.

49 (3) Schließlich war entgegen der Auffassung der Klägerin auch keine Fristsetzung gemäß §§ 356, 431 ZPO zur Beibringung eines Schiedsgutachtens geboten. Auch prozessökonomische Gründe rechtfertigen es nicht, der Klägerin allein aufgrund ihrer Untätigkeit unter Umgehung der vertraglichen Vereinbarung eine unmittelbare Klage auf Zahlung des von ihr behaupteten Abfindungsguthabens zu ermöglichen.

50 d) Soweit das Berufungsgericht außerdem festgestellt hat, der Klägerin stehe gegen den Beklagten nach dem Gesellschaftsvertrag kein Anspruch auf Zahlung der von ihr bei der Ermittlung des Abfindungsfehlbetrags eingerechneten Bearbeitungsgebühr von 500 € für sein Ausscheiden zu, lässt dies keine Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision auch keine Einwände erhoben. Eine - auch im Revisionsverfahren mögliche (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1988 - VII ZR 372/86, BGHZ 104, 212, 214 f.) - teilweise endgültige Abweisung des Zahlungsantrags in Höhe von 500 € durch den Senat, kommt indes nicht in Betracht, da die Möglichkeit besteht, dass sich nach gutachterlicher Ermittlung der Höhe der Abfindung auch ohne diese pauschale Bearbeitungsgebühr noch ein Abfindungsfehlbetrag über 10.070 € ergibt.

51 3. Hinsichtlich ihres Hilfsantrags auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer München zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter ermittelten negativen Abfindungsguthabens hat die Revision der Klägerin im Ergebnis ebenfalls keinen Erfolg. Sie wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Antrag statt als unbegründet als unzulässig abgewiesen wird.

52 Zwar beruht auch die Abweisung des Hilfsantrags auf der von der Klägerin mit der Revision zu Recht angegriffenen unzutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe gegen den Beklagten mangels rückständiger Einlage im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB bereits dem Grunde nach kein Anspruch auf Ausgleich eines Abfindungsfehlbetrags zu. Die Revision der Klägerin hat gleichwohl keinen Erfolg, weil der Hilfsantrag wegen des Vorrangs der Leistungsklage mangels Feststellungsinteresses der Klägerin (§ 256 Abs. 1 ZPO) bereits unzulässig ist.

53 a) Ist dem Kläger eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar und erschöpft sie das Rechtsschutzziel, fehlt ihm das Rechtsschutzinteresse, weil er im Sinne einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit den Streitstoff in einem Prozess klären kann. Die auf Feststellung des Anspruchsgrundes gerichtete Feststellungsklage ist dann unzulässig (st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 1952 - III ZA 20/52, BGHZ 5, 314, 315; Urteil vom 2. März 2012 - V ZR 159/11, WM 2013, 232 Rn. 14; Urteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 467/15, WM 2017, 906 Rn. 14). Das ist hier der Fall.

54 Der Klägerin ist eine Leistungsklage gegen den Beklagten möglich und zumutbar. Dass sie nach den obigen Ausführungen zur Ermittlung der Höhe des Abfindungsguthabens/-fehlbetrags des Beklagten ein Schiedsgutachten einholen muss, steht dem nicht entgegen. Zwar hat der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen entschieden, eine Leistungsklage könne dem Kläger unzumutbar sein, wenn zur Bezifferung des Schadens voraussichtlich eine Begutachtung erforderlich sei. Der Kläger soll in diesem Fall entlastet werden, möglicherweise umfangreiche Privatgutachten vor Klageerhebung einholen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2000 - V ZR 387/98, ZIP 2000, 626, 627; Urteil vom 12. Juli 2005 - VI ZR 83/04, BGHZ 163, 351, 361 f.). Dem ist der vorliegende Fall aber nicht vergleichbar, in dem die Erforderlichkeit einer Begutachtung vor Erhebung einer bezifferten Zahlungsklage bereits aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien folgt, bei Streit über die Höhe der Abfindung ein außergerichtliches Schiedsgutachten einzuholen. Der Klägerin wird damit keine unzumutbare aufwändige Vorbereitung ihrer bezifferten Zahlungsklage abverlangt, sondern lediglich die Einhaltung der von ihr selbst eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen. Dass diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände als unzumutbar anzusehen sein könnten, ist nicht ersichtlich. Schließlich würde eine Leistungsklage auch das

Feststellungsziel der Klägerin erschöpfen und zu einer endgültigen Erledigung des Rechtsstreits führen.

55 b) Der Senat kann selbst auf die Unzulässigkeit des Hilfsantrags erkennen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Bestehen eines Feststellungsinteresses ist als Prozessvoraussetzung auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 1955 - I ZR 201/53, BGHZ 18, 98, 106; Urteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 467/15, WM 2017, 906 Rn. 14 mwN). Einer Abweisung der Klage als unzulässig statt, wie im Berufungsurteil ausgesprochen, als unbegründet stehen das verfahrensrechtliche Verschlechterungsverbot und der Umstand, dass nur die Klägerin hinsichtlich des Hilfsantrags Revision eingelegt hat, nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2017 - XI ZR 369/16, WM 2018, 45 Rn. 20; Urteil vom 11. Mai 2000 - I ZR 28/98, BGHZ 144, 255, 264; jeweils mwN). Schließlich ist die Sache auch nicht an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme zur Zulässigkeit des Hilfsantrags zu geben. Dass die Klägerin auf einen entsprechenden Hin-

weis des Berufungsgerichts Erhebliches für eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Vorrang der Leistungsklage hätte vortragen können, ist nicht ersichtlich und wird von der Revision auch nicht mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 23.10.2018 - 20 O 49/18 (2) -

OLG München, Entscheidung vom 31.07.2019 - 7 U 4149/18 -