



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

TEILVERSÄUMNIS- und ENDURTEIL

II ZR 103/17

Verkündet am:
24. Juli 2018
Stoll
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 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 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. Februar 2017 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin hinsichtlich ihres Feststellungsantrags auf Einstellung ihrer Einlageforderung in die Auseinandersetzungsrechnung der Parteien in Höhe von weiteren 1.300 € zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird auf die Berufung der Klägerin unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Heilbronn vom 16. März 2016 festgestellt, dass in die Auseinandersetzungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zugunsten der Klägerin eine Einlageforderung in Höhe von weiteren 1.300 € über den bereits vom Berufungsgericht titulierten Betrag hinaus einzustellen ist.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin zu 56 % und die Beklagte zu 44 %, mit Ausnahme der durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts in erster Instanz angefallenen Mehrkosten, die von der Klägerin zu tragen sind. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin zu 94 % und der Beklagten zu 6 % auferlegt.

Das Urteil ist, soweit es Versäumnisurteil ist, vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist eine in Liquidation befindliche Publikumsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG.

2 Die Beklagte trat der Klägerin mit Beitrittserklärung vom 7./8. November 2008 als Treugeberkommanditistin mit einem Zeichnungsbetrag von 18.000 € zuzüglich 6 % Agio bei. Der Gesamtbetrag von 19.080 € war gemäß einer Zusatzvereinbarung in Form einer Kontoeröffnungszahlung von 5.580 € und monatlichen Raten in Höhe von je 100 € ab dem 1. November 2008 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. Von diesem Zeitpunkt an verlängert sie sich jeweils um ein Jahr, falls sie nicht mit einer Frist von drei Monaten auf den 31. Dezember gekündigt wird. Die Kündigung muss durch eingeschriebenen Brief gegenüber der Komplementärin erklärt werden. Eine erstmalige Kündigung ist zum Beispiel bei einem Beitritt in 2007 somit frühestens zum 31.12.2017 möglich.

- (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. KG neben dem Aufgeld (Agio) zur Deckung der Emis-

sions-, Vertriebs- und Verwaltungskosten eine Abgangsschädigung in Höhe von 19% der Gesamtzeichnungssumme ohne Agio.

[...]

Im Falle der außerordentlichen Kündigung ist ein etwaiges Abfindungsguthaben erst fällig zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beteiligung erstmals hätte ordentlich gekündigt werden können, frühestens zum Ende der vertraglich vereinbarten Mindestlaufzeit.“

4 Der Treuhandvertrag (im Folgenden: TrhV) zwischen der 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 Kommanditbeteiligung erwachsenden Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft im eigenen Namen, aber gemäß der Weisungen des Treugebers aus. Sofern der Treugeber keine Weisungen erteilt und seine Gesellschafterrechte nicht selbst ausübt, übt der Treuhänder die Gesellschafterrechte nach billigem Ermessen aus.
- (2) Der Treuhänder handelt im Innenverhältnis zum Treugeber ausschließlich im Auftrag und für Rechnung des Treugebers.

§ 4 Abtretung, Ausübung der Kontrollrechte

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

dem Kommanditanteil im eigenen Namen für Rechnung des Treugebers einzuziehen.

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

§ 5 Einzahlung der gezeichneten Einlage

- (1) 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 Oktober 2011 stellte die Beklagte ihre Ratenzahlungen ein. Mit der Klageerwiderung hat sie die Anfechtung ihrer Vertragserklärung wegen Täuschung über im Prospekt verschwiegene Vertriebskosten erklärt.

6 Die Klägerin, vertreten durch den nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler, nimmt die Beklagte auf Zahlung von bis einschließlich September 2015 rückständigen Raten in Höhe von 4.800 € sowie von 52 ab Oktober 2015 fälligen Monatsraten in Höhe von je 100 €, 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 10.000 € nebst Zinsen einzustellen sei.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter teilweiser Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien zugunsten der Klägerin eine Einlageforderung von 8.700 € nebst Zinsen einzustellen ist. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

8 Da die Beklagte im Revisionsverhandlungstermin trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten war, war, soweit das Berufungsurteil zu ihrem Nachteil abgeändert wird, antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f.). Im Übrigen war über die Revision nicht durch Versäumnisurteil, sondern durch Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden, soweit sie sich auf der Grundlage des vom Oberlandesgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2003 – XII ZR 65/02, WM 2003, 2193 mwN).

9 Die Revision hat teilweise Erfolg. Das Rechtsmittel ist hinsichtlich der Abweisung des Hauptantrags unbegründet, hinsichtlich der teilweisen Abweisung des hilfsweisen Feststellungsantrags hingegen überwiegend begründet.

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

11 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte zwar grundsätzlich ein unmittelbarer Anspruch auf Leistung rückständiger Einlagen zu, da die Beklagte aufgrund ihrer sich aus dem Treuhand- und Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsstellung einem unmittelbaren Kommanditisten im Wesentlichen gleichgestellt sei. Die von der Beklagten mit der Klageerwiderung, d.h. nach der Abwicklungsanordnung der BaFin vom 6. Oktober 2011 erklärte außerordentliche Kündigung bzw. Anfechtung ihrer Beitrittsklärung wegen arglistiger Täuschung greife nicht. Ein gesondertes Ausscheiden durch Anfechtung noch während des Auseinandersetzungsverfahrens sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgeschlossen. Dem Schreiben der Beklagten vom 20. September 2011, dessen Zugang zudem bestritten und nicht unter Beweis gestellt sei, lasse sich eine Kündigungserklärung nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen. Auch § 13 Abs. 4 GV stehe der Pflicht der Beklagten zur Zahlung der Einlage nicht entgegen.

12 Die Klägerin könne die künftig fällig werdenden Raten aber nur bis zum 31. Dezember 2018 verlangen. Die von der Beklagten im Rechtsstreit erklärte unwirksame außerordentliche Kündigung sei in eine ordentliche Kündigung zum frühestmöglichen Zeitpunkt umzudeuten. Nach § 13 Abs. 2 GV sei die Beteiligung für die Beklagte zehn Jahre nach ihrem Beitritt, mithin zum 31. Dezember 2018 kündbar. Mit Wirksamwerden der Kündigung zu diesem Zeitpunkt entfalle daher die Leistungspflicht der Beklagten.

13 Allerdings habe die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung der ihr zustehenden Raten, weil sich nicht feststellen lasse, dass die Einlageraten der Beklagten zu dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung für die Liquidation der Gesellschaft noch benötigt werden. Auch ein Zahlungsanspruch zum Zweck des Innenausgleichs unter den Gesellschaftern bestehe nicht. Zwar obliege dieser Ausgleich hier ausnahmsweise auch dem Abwickler der Klägerin als Abwickler einer Publikums-KG. Eine Einziehung der Einlagen zu diesem Zweck sei aber nur möglich, wenn ein zu erstellender Ausgleichsplan einen entsprechenden Passivsaldo des Anlegers aufweise. Hiervon sei im vorliegenden Fall auch nicht ausnahmsweise abzusehen. Es erscheine zwar wahrscheinlich, dass die Beklagte zumindest noch

einen Teil der von ihr geschuldeten Einlagen werde nachschießen müssen. Die Klägerin habe aber nicht dargelegt, dass zumindest annähernd der gesamte eingeklagte Betrag voraussichtlich noch zu zahlen sei. Ihr Vortrag, es sei mit einer Quote von nicht über 15% zu rechnen, reiche dafür nicht aus und sei zudem verspätet.

14 Der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung der Einstellung ihrer Einlageforderung nebst Zinsen sei dagegen hinsichtlich der bis zum 31. Dezember 2018 fällig werdenden Raten begründet.

15 II. Diese Ausführungen halten der revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

16 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht den Hauptantrag der Klägerin auf Zahlung der noch offenen Einlageraten abgewiesen hat.

17 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin die Beklagte trotz ihrer Beteiligung als Treugeberkommanditistin grundsätzlich unmittelbar aus eigenem Recht auf Leistung der Einlage in Anspruch nehmen kann. 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) des Gesellschaftsvertrags der Klägerin zu den auch hier auszulegenden Regelungen und unter Berücksichtigung des Treuhandvertrags sowie der Beitrittserklärung der Klägerin entschieden hat, kommt den Treugeberkommanditisten danach aufgrund der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand, im Innenverhältnis zu den anderen Treugebern, den Kommanditisten, der Komplementärin und der Klägerin die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) zu.

18 Zutreffend ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass § 13 Abs. 4 GV diesem Anspruch nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 – II ZR 242/16, juris Rn. 51; Urteil vom 15. Mai 2018 – II ZR 92/16, juris Rn. 24) und der Anspruch weder mit der Abwicklungsanordnung der BaFin gemäß § 38 KWG

(vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 – II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 42 ff.) noch durch die im Rechtsstreit erklärte Anfechtung der Beitrittserklärung durch die Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 – II ZR 41/78, NJW 1979, 765; Urteil vom 13. März 2018 – II ZR 243/16, juris Rn. 49) entfallen ist.

19 Anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Beklagten geltend gemachten Widerruf ihrer Lastschriftermächtigung mit Schreiben vom 20. September 2011, da diesem Schreiben nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts bereits eine Kündigungserklärung nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen ist und zudem sein Zugang bei der Klägerin bestritten und von der Beklagten nicht unter Beweis gestellt ist.

20 b) Dieser Leistungsanspruch der Klägerin ist – entgegen der Annahme des Berufungsgerichts – auch nicht aufgrund der im Rechtsstreit erklärten außerordentlichen Kündigung der Beteiligung der Beklagten auf die bis zum 31. Dezember 2018 fälligen Raten beschränkt. Vielmehr kann die Klägerin grundsätzlich die Leistung sämtlicher noch offener Raten verlangen.

21 Wie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der von der Beklagten erklärten Anfechtung ihrer Beitrittserklärung zutreffend ausgeführt hat, ist die Anfechtung einer Beteiligung wegen Arglist in der Liquidation der Gesellschaft ausgeschlossen. Bei Auflösung der Gesellschaft vor der Anfechtung des Gesellschafters ist es nicht mehr erforderlich, ihm das Ausscheiden durch außerordentliche Kündigung als Ersatz für die ihm eigentlich zustehende Auflösungsklage zu ermöglichen. Darüber hinaus verbietet das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation ein gesondertes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinandersetzungsverfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 – II ZR 41/78, NJW 1979, 765; Urteil vom 13. März 2018 – II ZR 243/16, juris Rn. 49). Das gilt nicht nur für ein Ausscheiden aus der Gesellschaft im Wege der außerordentlichen, sondern auch im Wege der ordentlichen Kündigung.

22 c) Das Berufungsgericht hat jedoch im Weiteren rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung der noch offenen Einlageraten – sei es zu Abwicklungszwecken oder zur Durchführung des Innenausgleichs unter den Gesellschaftern – zusteht.

- 23 aa) Ein Anspruch auf Zahlung zu Abwicklungszwecken scheitert daran, dass die offenen Raten der Beklagten für die Abwicklung der Gesellschaft nicht mehr benötigt werden.
- 24 (1) Entgegen der Ansicht der Revision kann auch ein nach § 38 KWG bestellter Abwickler, der mit der Abwicklung der gesamten Gesellschaft beauftragt ist, rückständige Einlagen zu Abwicklungszwecken nur bei Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung einziehen. 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 nach den gesetzlichen Regelungen. Dabei hat der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler grundsätzlich die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellter Liquidator (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 – II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 43 f. mwN). Auch er kann ausstehende Einlagen im Rahmen der Liquidation einer Fondsgesellschaft daher grundsätzlich nur einfordern, 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 30. Januar 2018 – II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 58 mwN).
- 25 (2) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für die Beurteilung der Erforderlichkeit der Einziehung zu Abwicklungszwecken nicht – wie die Revision meint – auf den Zeitpunkt der Liquidationseröffnung sondern auf den Schluss der mündlichen Verhandlung (vgl. § 128 Abs. 2, § 136 Abs. 4, §§ 296a, 310 ZPO) abzustellen ist, so dass 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 Liquiditätsslage 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. 60).
- 26 (3) Ausgehend davon ist die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, dass die ausstehenden Einlagen der Beklagten nach dem aktuellen Stand der Liquidation

zum Schluss der mündlichen Verhandlung für die Abwicklung nicht (mehr) erforderlich sind, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

27 Nach den – von der Revision insoweit nicht angegriffenen – Feststellungen des Berufungsgerichts stellte sich der aktuelle Stand des Liquidationsverfahrens nach dem eigenen Vortrag der Klägerin zum Schluss der mündlichen Verhandlung so dar, dass ein Bankguthaben in Höhe von 2,6 Mio. € vorhanden war, keine offenen Verbindlichkeiten bestanden und die Klägerin neben den ausstehenden Einlageforderungen von Gesellschaftern auch Ansprüche gegenüber Leasingnehmern und Schadensersatzansprüche gegen ehemalige Verantwortliche der Leasinggesellschaften bzw. deren Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung geltend machte, von denen sie sich weitere substantielle Beträge erhoffte.

28 Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, es sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die offenen Einlageforderungen zum jetzigen Zeitpunkt noch für die Befriedigung von Drittgläubigern oder sonst zur Abwicklung der Gesellschaft benötigt würden, die Klägerin habe auch nicht vorgebracht, sie benötige die eingeklagte Summe zur Führung der Rechtsstreite mit den Leasingnehmern und früheren Fondsverantwortlichen, lässt keine Rechtsfehler erkennen. Der von der Revision dagegen angeführte Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 23. Dezember 2016 zu ihrer wirtschaftlichen Situation zum 30. September 2016 gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Dem dort wiedergegebenen Bericht des Abwicklers vom 16. August 2016 ist lediglich zu entnehmen, dass und warum er derzeit noch eine Vielzahl von Verfahren zur Beitreibung fälliger Ratenzahlungen, gegen Leasingnehmer und gegen ehemalige Fondsverantwortliche führt. Dass und in welcher Höhe daraus noch Kosten zu erwarten wären, zu deren Deckung auch die hier eingeklagte Forderung noch benötigt würde, ergibt sich daraus nicht. Vor diesem Hintergrund, namentlich dem unstreitig vorhandenen Bankguthaben von 2,6 Mio. € und fehlender anderweitiger Verpflichtungen, ist die Feststellung des Berufungsgerichts daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

29 Anderes ergibt sich auch nicht aus dem weiteren Vortrag der Klägerin, die Liquidationseröffnungsbilanz zum 6. Oktober 2011 habe eine Unterdeckung von 243.000 € ausgewiesen und nach dem Jahresabschluss zum 31. Dezember 2012 hätten Verbindlichkeiten in Höhe von 77.101,14 € bestanden und seien Rückstellun-

gen in Höhe von 3.278.183,31 € für kalkulatorische Buchverluste, Risikoabschläge, Jahresabschluss- und Prüfungskosten sowie Kosten für anhängige Gerichtsverfahren und ausstehende Rechnungen und Verpflichtungen gebildet worden, woraus sich eine Unterdeckung von 1,1 Mio. € ergeben habe. Diese Angaben waren – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – durch die zwischenzeitliche Entwicklung und Verbesserung der Liquiditätssituation überholt. Das gilt insbesondere auch für die im Jahresabschluss zum 31. Dezember 2012 ausgewiesenen Rückstellungen für anhängige Rechtsstreitigkeiten in Höhe von 569.640 €, da die Klägerin hierzu – trotz des Hinweises des Gerichts vom 14. November 2016 – mit dem oben genannten Schriftsatz vom 23. Dezember 2016 auch zu dieser Position keine konkreten Angaben zum aktuellen Stand gemacht, sondern lediglich die allgemeinen Ausführungen des Abwicklers zu den von ihm geführten Rechtsstreitigkeiten wiedergegeben hat.

30 bb) Auch ein Anspruch auf Zahlung der Einlageraten zum Ausgleich unter den Gesellschaftern steht der Klägerin nicht zu.

31 (1) Das Berufungsgericht ist auch hier zutreffend davon ausgegangen, dass der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler der Klägerin als Abwickler einer Publikums-KG zwar grundsätzlich auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zu Ausgleichszwecken befugt ist, sofern keine anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelung existiert, eine Einforderung durch ihn aber ebenso wie bei einem von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellten Liquidator grundsätzlich voraussetzt, dass ein im Rahmen der Auseinandersetzung zu erstellender Ausgleichsplan einen entsprechenden Passivsaldo des betroffenen Gesellschafters aufweist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 – II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 67, 82). Ein solcher Ausgleichsplan liegt hier nicht vor.

32 (2) Dagegen macht die Revision ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht habe dem Zahlungsantrag dennoch zumindest in Höhe von 85 % stattgeben müssen, weil die Klägerin mit Schriftsatz vom 13. Februar 2017 unwidersprochen vorgetragen habe, dass die Beklagte nach der Liquidationseröffnungsbilanz zum 6. Oktober 2011 nach Beendigung der Liquidation lediglich 15 % ihrer Einlage ausgezahlt bekäme.

- 33 Zwar kann es – wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat – 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, Vorschüsse an die ausgleichsberechtigten Gesellschafter zu zahlen und dementsprechend rückständige Einlagen einzufordern. Das setzt aber in jedem Fall die Feststellung voraus, dass und in welcher Höhe der in Anspruch genommene Gesellschafter im Ergebnis noch etwas einzuzahlen hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt die Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 – II ZR 95/16, ZIP 2018, 721 Rn. 84 mwN).
- 34 Hierzu hat das Berufungsgericht wiederum rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es zwar wahrscheinlich sein mag, dass die Beklagte noch zumindest einen Teil der geschuldeten Einlage zum Ausgleich wird nachschießen müssen, die Klägerin aber nicht näher dargelegt hat, dass der gesamte – oder zumindest annähernd der gesamte – eingeklagte Betrag nach derzeitigem Stand voraussichtlich als Passivsaldo der Beklagten zu zahlen sein wird. Dabei kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 13. Februar 2017 zu Recht als verspätet angesehen hat, weil der Schriftsatz erst nach dem gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 ZPO bestimmten Zeitpunkt für die im schriftlichen Verfahren ergangene Entscheidung eingegangen ist. Denn das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Klägerin ungeachtet dessen jedenfalls auch in der Sache rechtsfehlerfrei gewürdigt. Dass es den pauschalen Vortrag, aus der Liquidationseröffnungsbilanz ergäben sich hinreichend wahrscheinliche Verbindlichkeiten in Höhe von 4,4 Mio. € und aus ihr sei zudem zu entnehmen, dass in Anbetracht des gezeichneten Kapitals und der eingetretenen Verluste allenfalls mit einer Rückzahlungsquote der Einlagen von 15 % zu rechnen sei, nach den obigen Maßstäben für eine hinreichend gesichert bestehende Ausgleichspflicht der Beklagten für nicht ausreichend erachtet hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 35 cc) Ob die Frage eines Zahlungsanspruchs der Klägerin aufgrund des von ihr im Revisionsverfahren mitgeteilten Gesellschafterbeschlusses vom 15. Mai 2017 über die Beauftragung des Abwicklers mit der Einziehung ausstehender Einlagen 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. Damit greift auch die Geständnisfiktion des § 555 Abs. 1, § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht (vgl. MünchKommZPO/Krüger, 5. Aufl., § 555 Rn. 17; Ball in Muiselak/Voit, ZPO, 15. Aufl., § 555 Rn. 6; Saenger/Koch, ZPO, 7. Aufl., § 555 Rn. 3).

36 2. Die Revision der Klägerin ist dagegen überwiegend begründet, soweit sie sich gegen die teilweise Abweisung ihres hilfsweisen Feststellungsantrags hinsichtlich der nach dem 31. Dezember 2018 fällig werdenden Einlageraten wendet.

37 Wie oben ausgeführt steht der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Leistung sämtlicher noch offener Einlageraten, d.h. über die vom Berufungsgericht zuerkannten Raten bis einschließlich 31. Dezember 2018 hinaus auf weitere monatliche Raten in Höhe von 100 € bis einschließlich 1. Januar 2020 in Höhe von insgesamt 1.300 € zu.

38 Dieser Anspruch ist, da auch diese Raten weder zum Zweck der Abwicklung noch zum Ausgleich unter den Gesellschaftern eingefordert werden können, ebenfalls zugunsten der Klägerin in die Abfindungsrechnung der Parteien einzustellen. Ein Anspruch auf Verzinsung dieser Raten gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB steht der Klägerin allerdings nicht zu. Nach den insoweit maßgeblichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist aufgrund des Vortrags der Klägerin zu ihrer wirtschaftlichen Situation zum 30. September 2016 davon auszugehen, dass die offenen Einlagen der Beklagten ab diesem Zeitpunkt, jedenfalls aber ab dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 25. Januar 2017 (§ 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO) für die Abwicklung nicht mehr erforderlich waren, so dass mit diesem Zeitpunkt die Zahlungsverpflichtung der Beklagten und damit auch bereits ab dann die Verzugsvoraussetzungen ex nunc entfallen sind.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen das Teilversäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieses Urteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Heilbronn, Entscheidung vom 16.03.2016 - Gö 7 O 41/15 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 22.02.2017 - 14 U 21/16 -