



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 137/16

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 149

Im Rechtsstreit über die Einziehung ausstehender Einlagen durch den Liquidator einer Fondsgesellschaft ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die ausstehenden Einlagen zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind, der Schluss der mündlichen Verhandlung.

BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16 - LG München I  
AG München

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Sunder, Dr. Bernau sowie die Richterin B. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 17. Mai 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine in Liquidation befindliche Publikumsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG.
- 2 Der Beklagte trat der Klägerin mit Beitrittserklärung vom 30. Mai 2007 als Treugeberkommanditist mit einem Zeichnungsbetrag von 12.000 € zuzüglich 6 % Agio bei. Der Gesamtbetrag von 12.720 € war gemäß einer Zusatzverein-

barung in Form einer Kontoeröffnungszahlung von 3.720 € und monatlichen Raten in Höhe von je 100 € ab dem 15. Juli 2007 zu leisten.

3 Der Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) der Klägerin enthält u.a. folgende Regelungen:

"§ 4 Treugeberkommanditisten/ Direktkommanditisten

- (1) Die in diesem Vertrag getroffenen Regelungen gelten nicht nur für direkt beitretende Kommanditisten, sondern auch analog für Anleger, die sich als Treugeberkommanditisten über die I. Treuhandgesellschaft mbH mittelbar an der Gesellschaft beteiligen. Die Treuhandkommanditistin erwirbt, hält und verwaltet die Kommanditanteile treuhänderisch jeweils anteilig für die Treugeberkommanditisten. Die Rechtsverhältnisse zwischen der Treuhandkommanditistin, dem jeweiligen Treugeberkommanditisten und den übrigen Gesellschaftern regelt der als Muster beigefügte Treuhandvertrag.
- (2) Für den wirksamen Beitritt zur Gesellschaft als Treugeberkommanditist sind die Beitrittserklärung und deren Annahme durch die Gesellschaft erforderlich.
- (3) Bei direkt eintretenden Kommanditisten wird der Beitritt zur Gesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam. Die Kosten der Eintragung sind vom eintretenden Gesellschafter zu tragen. Im übrigen gelten die Regelungen des Absatzes 1 analog.

[...]

§ 5 Beteiligung, Abschlussgebühr (Agio)

- (1) Der Kommanditist leistet die in der Beitrittserklärung vereinbarte Einlage. [...]

[...]

(4) Gesellschafterkonten

Für jeden Kommanditisten werden folgende Kapitalkonten geführt:

[...]

§ 8 Gesellschafterversammlungen

[...]

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

4 Der Treuhandvertrag (im Folgenden: TrhV) zwischen dem Beklagten und der Treuhandkommanditistin enthält u.a. folgende Bestimmungen:

"§ 2 Gegenstand des Treuhandvertrages/ Weitere Treugeber

- (1) Der Treuhänder erhöht im Auftrag des Treugebers seinen Kommanditanteil an der Gesellschaft und hält ihn anteilig treuhänderisch im eigenen Namen, aber für Rechnung des Treugebers. Die Höhe des anteilig für den Treugeber gehaltenen Kommanditanteils bestimmt sich nach der durch den Treugeber entsprechend der Beitrittserklärung erfüllten Einzahlungsverpflichtung.

[...]

§ 3 Treuhandverhältnis am Kommanditanteil

- (1) Im Außenverhältnis hält der Treuhänder seinen Kommanditanteil als einheitlichen Geschäftsanteil für alle Treugeber gemeinsam. Er tritt Dritten gegenüber in eigenem Namen auf. Dies gilt auch im Verhältnis zur Gesellschaft. Der Treuhänder übt die aus der Kommanditbeteiligung erwachsenden Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft im eigenen Namen, aber gemäß der Weisungen des Treugebers aus. Sofern der Treugeber keine Weisungen erteilt und seine Ge-

sellschafterrechte nicht selbst ausübt, übt der Treuhänder die Gesellschafterrechte nach billigem Ermessen aus.

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

#### § 4 Abtretung, Ausübung der Kontrollrechte

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

#### § 5 Einzahlung der gezeichneten Einlage

- (1) Die Einzahlung der in der Beitrittserklärung vereinbarten Einlage zu Gunsten der Gesellschaft erfolgt durch den Treuhänder. Der Treugeber hat die in der Beitrittserklärung vereinbarte Einzahlung inkl. sechs (6) Prozent Agio auf das in der Beitrittserklärung und in § 1 dieses Vertrages genannte Konto des Treuhänders zu zahlen.

[...]

#### § 6 Freistellung des Treuhänders

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

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

#### § 7 Gesellschafterversammlungen, Gesellschafterbeschlüsse

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

5 Mit Bescheid vom 6. Oktober 2011 ordnete die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 KWG die Abwicklung der Klägerin an, die sich seitdem in Liquidation befindet. Ab März 2012 leistete der Beklagte keine Ratenzahlungen mehr.

6 Die Klägerin, vertreten durch den nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler, hat den Beklagten auf Zahlung der von März 2012 bis einschließlich Januar 2015 noch offenen Raten in Höhe von insgesamt 3.500 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie die Feststellung beantragt, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zu ihren Gunsten eine Einlageforderung von 3.500 € nebst Zinsen einzustellen sei.

7 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels und Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 3.400 € nebst Zinsen verurteilt. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der

vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehrt.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

10 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten trotz seiner Eigenschaft als Treugeberkommanditist ein unmittelbarer Anspruch auf Leistung der Einlage zu, da er nach den vertraglichen Regelungen einem unmittelbaren Gesellschafter gleichgestellt sei. Anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass der Treugeber seine Einlagezahlungen nicht an die Klägerin sondern an den Treuhänder zu erbringen habe. Dass die Klägerin sich aufgrund der Anordnung der BaFin in Liquidation befinde, lasse die Zahlungspflicht des Beklagten nicht entfallen. Zwar sei die Leistung ausstehender Beiträge nur noch geschuldet, wenn sie zur Verwirklichung der Liquidation notwendig sei. Das aber sei hier nach der vorgelegten Liquidationseröffnungsbilanz zum 6. Oktober 2011 der Fall, zu der der Beklagte sich nicht mehr eingelassen habe.

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

12           1. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass die Klägerin den Beklagten grundsätzlich unmittelbar aus eigenem Recht auf Leistung der Einlage in Anspruch nehmen kann.

13           a) Der gegen einen Treugeber gerichtete Anspruch auf Leistung der Einlage steht unmittelbar der Gesellschaft zu, wenn der Treugeber im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) hat bzw. haben soll (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). Aus dieser Stellung ergeben sich einerseits gegen die Gesellschaft bestehende Rechte der Treugeber; andererseits können gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen - wie die Verpflichtung zur Leistung der Einlage - im Innenverhältnis die Treugeber unmittelbar treffen (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 178/10, ZIP 2012, 2295 Rn. 13 mwN; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rn. 11 mwN). Dem Beklagten als Treugeberkommanditisten kommt hier im Innenverhältnis eine solche Stellung als Quasi-Gesellschafter zu.

14           b) Im Fall einer sogenannten offenen oder qualifizierten Treuhand, gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber, können die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschafterliches Innenverhältnis so gestalten, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 - II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49 f.; Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913; Urteil vom 23. Juni 2003 - II ZR 46/02, ZIP 2003, 1702, 1703; Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 20; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 16 ff.; Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 Rn. 14; Urteil vom 5. Februar 2013



- II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 Rn. 16; Urteil vom 16. Dezember 2014 - II ZR 277/13, ZIP 2015, 319 Rn. 13; Urteil vom 20. Januar 2015 - II ZR 444/13, ZIP 2015, 630 Rn. 8). Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn - wie bei Publikumsgesellschaften häufig - die mittelbare Beteiligung erst noch 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).

15 c) Der Beklagte hat aufgrund der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Verzahnung des Gesellschafts- und des Treuhandvertrags, im Innenverhältnis zu den anderen Treugebern, den Kommanditisten, der Komplementärin und der Klägerin die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) erlangt.

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

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

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

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

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

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

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

einer Gleichstellung, da im Treuhandvertrag zugleich die wesentlichen Schritte für eine Angleichung dieser nur mittelbaren Befugnisse an eine unmittelbare Berechtigung angelegt bzw. vollzogen sind.

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

26            Die Ansprüche aus der treuhänderischen Kommanditbeteiligung und die Kontrollrechte stehen dem Treugeberkommanditisten im Innenverhältnis nach § 4 Abs. 1 und 2 TrhV zwar nicht originär zu, sondern setzen eine Abtretung bzw. Vollmachterteilung durch den Treuhänder voraus. Diese Abtretung ist jedoch in § 4 Abs. 1 TrhV betreffend Ansprüche aus dem treuhänderisch gehaltenen Kommanditanteil, dem festzustellenden Jahresergebnis, den Entnahmen sowie eines etwaigen Anspruchs im Fall des Ausscheidens bereits enthalten, so dass diese Ansprüche dem Treugeber schon mit Abschluss der Verträge unmittelbar zustehen und lediglich ihre Einziehung gemäß § 4 Abs. 1 TrhV durch den Treuhänder erfolgt. Zur Ausübung der Kontrollrechte ist der Treugeber gemäß § 4 Abs. 2 TrhV ausdrücklich selbst berechtigt; der Treuhänder ist verpflichtet, ihm die dafür erforderliche Vollmacht auf Verlangen zu erteilen.

27            Schließlich enthält auch § 7 Abs. 1 TrhV bereits eine Vollmachterteilung des Treuhänders an den Treugeber zur Ausübung des Stimmrechts, dem als Mittel zur unmittelbaren Mitwirkung an der internen Willensbildung der Gesellschaft im Wege der Beschlussfassung besonderes Gewicht zukommt (vgl.

BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - II ZR 134/11, ZIP 2013, 570 Rn. 20). Sollte der Treugeber eine Vertretung durch den Treuhänder wünschen, ist dieser gemäß § 7 TrhV weisungsgebunden. Dass der Treuhänder die Möglichkeit hat, seine Vollmachten zu widerrufen, stellt demgegenüber keine erhebliche Relativierung der Treugeberstellung dar, da einem solchen Widerruf ohne wichtigen Grund der Einwand der Treuwidrigkeit entgegensteht.

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

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

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

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

32 2. Ohne Erfolg wendet sich der Beklagte auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass seine Zahlungspflicht nicht mit der Abwicklungsanordnung der BaFin gemäß § 38 KWG entfallen ist.

33 a) Die Abwicklungsanordnung wirkt gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 KWG wie ein gesellschafts- bzw. handelsrechtlicher Auflösungsbeschluss und führt zur Liquidation des Unternehmens. Die Durchführung der Liquidation richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag, sofern dieser hierzu Regelungen enthält, andernfalls - wie hier - nach den gesetzlichen Regelungen (vgl. Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 38 Rn. 4 f., 12; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 38 Rn. 8 f.).

34 Der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler hat grundsätzlich die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellter Liquidator (vgl. Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 38 Rn. 21). Nach § 161 Abs. 2, § 149 Abs. 1 Satz 1 HGB obliegt es dem Liquidator u.a., die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen. Hierunter

fällt auch die Einziehung rückständiger Einlagen, wenn und soweit sie für die Durchführung der Liquidation, insbesondere für die Befriedigung der Gläubiger benötigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1977 - II ZR 201/75, WM 1977, 617, 618; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, NJW 1978, 2154; Urteil vom 5. November 1979 - II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 193).

35            b) Bei der noch offenen Einlageverpflichtung des Beklagten handelt es sich um eine "rückständige" Einlage im Sinne der obigen Rechtsprechung.

36            Die Einlageverpflichtung des Beklagten ist mit Zeichnung der Beteiligung in voller Höhe gemäß der Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung entstanden. Danach beläuft sich die von ihm insgesamt zu leistende Beteiligungs- und Zeichnungssumme auf 12.720 €. Das ergibt sich bereits aus der Verpflichtung des Kommanditisten in § 5 Abs. 1 GV und des Treugebers in § 5 Abs. 1 Satz 2 TrhV zur Leistung der "in der Beitrittserklärung vereinbarte(n) Einlage". Mit der Zusatzvereinbarung wurde dem Beklagten hierfür nur eine Ratenzahlung in Form einer Stundung gewährt. Dabei handelt es sich lediglich um eine zeitliche Staffelung der Fälligkeit, die als solche nichts an dem Entstehen der gesamten Einlageverpflichtung im Zeichnungszeitpunkt ändert (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 - II ZR 284/15, WM 2017, 1366 Rn. 23).

37            Anderes ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV. Die dort vorgesehene anteilige Erhöhung der Beteiligung des Treugebers an der Gesellschaft entsprechend der Höhe der von ihm geleisteten Einzahlungen betrifft nicht seine vertragliche Einlageverpflichtung gegenüber der Klägerin, sondern nur seine gesellschaftsinterne Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern. Die Regelung ist erforderlich, weil die Treuhänderin gegenüber der Klägerin einen einheitlichen Kommanditanteil zugunsten mehrerer Treugeber-

kommanditisten hält, deren jeweilige Anteile an diesem Kommanditanteil sich nach der Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung bestimmen.

38 c) Die Einforderung der rückständigen Einlagen stellt auch kein neues, werbendes Geschäft dar, das der Klägerin ab dem Zeitpunkt der sofort vollziehbaren Abwicklungsanordnung gemäß § 38 KWG, § 149 HGB grundsätzlich untersagt wäre (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 7 f.; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 149 Rn. 6; Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 38 Rn. 5). Es handelt sich lediglich um die Abwicklung der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen durch Einforderung bzw. Erfüllung der daraus resultierenden Leistungspflichten, die zudem gerade dem geänderten, der Abwicklungsanordnung entsprechenden, Gesellschaftszweck der Liquidation dienen soll.

39 d) Aus diesem Grund trifft auch der vom Beklagten in diesem Zusammenhang erhobene Einwand nicht zu, er sei von seiner Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit der Gegenleistung gemäß § 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB befreit, weil es der Klägerin aufgrund des behördlichen Verbots untersagt sei, "neue" Einlagen entgegenzunehmen und die Kommanditanteile in der Liquidation vertragsgemäß entsprechend zu erhöhen. Da sich der Gesellschaftszweck mit der Abwicklungsanordnung von der werbenden Tätigkeit in eine Liquidation geändert hat, kann der Treugeber die Leistung seiner Einlage nicht mehr von der Erbringung der für die werbende Tätigkeit zugesagten Gegenleistung abhängig machen, sondern hat seine Einlage zu leisten, soweit sie für die Abwicklung erforderlich ist.

40 3. Mit Erfolg wendet der Beklagte sich aber gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Einziehung seiner noch offenen Einlage zum



Zweck der Abwicklung der Gesellschaft erforderlich sei. Das Berufungsgericht hat insoweit rechtsfehlerhaft wesentlichen Parteivortrag nicht berücksichtigt.

41 a) Grundsätzlich dürfen - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - 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 (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424, 425; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 36). Dabei ist der Liquidator zwar nicht gehalten, die zu Liquidationszwecken benötigten Beträge so einzufordern, dass alle Gesellschafter gleichmäßig belastet werden. Vielmehr steht die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang er gegenüber den einzelnen Gesellschaftern rückständige Einlageforderungen geltend macht, in seinem pflichtgemäß auszuübenden Ermessen. Voraussetzung dafür bleibt jedoch, dass der jeweils eingeforderte Betrag für die Abwicklung erforderlich sein muss. Der Ausgleich zwischen den Gesellschaftern erfolgt demgegenüber grundsätzlich erst im Rahmen der sich an die Abwicklung anschließenden Auseinandersetzung bzw. der Schlussabrechnung (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 1979 - II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 194).

42 Ebenfalls zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass den auf Zahlung rückständiger Einlage in Anspruch genommenen Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass der eingeforderte Betrag für die Abwicklung nicht benötigt wird, der Abwickler aber die insoweit bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzustellen hat, soweit nur er dazu imstande ist; insoweit hat er im Einzelnen darzulegen, wozu die eingeforderten Beträge im Rahmen der Abwicklung benötigt werden (BGH, Urteil vom 3. Juli 1978

- II ZR 54/77, WM 1978, 898; Urteil vom 5. November 1979 - II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 194).

43 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Erforderlichkeit ist der Schluss der mündlichen Verhandlung (vgl. § 128 Abs. 2, § 136 Abs. 4, §§ 296a, 310 ZPO), so dass 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 Liquiditätslage noch erforderlich ist, kann der Liquidator auch sein Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter ausüben. Dabei ist auch eine etwaige Verbesserung der Liquidität durch bereits eingezogene rückständige Einlagen anderer Gesellschafter berücksichtigungsfähig. Der Gleichbehandlungsgrundsatz steht dem nicht entgegen, da abschließend noch ein Ausgleich unter den Gesellschaftern durchzuführen ist.

44 b) Danach hat das Berufungsgericht mit seiner Feststellung, aufgrund der von der Klägerin vorgelegten Liquidationseröffnungsbilanz zum 6. Oktober 2011 sei von der Erforderlichkeit der Einlage zu Abwicklungszwecken auszugehen, rechtsfehlerhaft wesentlichen Parteivortrag zur weiteren Liquiditätsentwicklung der Klägerin nicht berücksichtigt.

45 Es kann dahinstehen, ob der Beklagte - wie von ihm mit der Revision geltend gemacht - die Angaben in der Liquidationseröffnungsbilanz der Klägerin hinreichend bestritten hat. Ebenso bedarf es keiner Entscheidung, ob der erstmals in der Revision erhobene Einwand des Beklagten, die wirtschaftliche Situation der Klägerin habe sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bzw. im August 2015 bereits so positiv entwickelt, dass höhere Aktiva als Passiva

vorhanden gewesen seien, nach § 559 Abs. 1 Satz 2 ZPO berücksichtigungsfähig ist.

46 Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, dass sich unabhängig von den Einwänden des Beklagten bereits aus dem eigenen weiteren unstreitigen Vorbringen der Klägerin eine positive wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft seit der Liquidationseröffnung ergab, durch die die Angaben aus der Liquidationseröffnungsbilanz überholt waren. Die Klägerin hat im Zusammenhang mit der Frage eines Direktanspruchs gegen den Beklagten unter anderem eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 27. Dezember 2016 (7 U 3061/15) aus einem Parallelverfahren angeführt und auszugsweise wörtlich zitiert. Danach wurde der Gesellschaft nach einem Statusbericht zum 30. Juni 2015 selbst für den Fall, dass keine weiteren Einlagenzahlungen mehr erfolgten, und unter Berücksichtigung der anfallenden Kosten eine Liquidität nach Kosten zum voraussichtlichen Abschluss der Liquidation am 31. Dezember 2018 in Höhe von mehr als 375.000 € prognostiziert. Damit war die Erforderlichkeit der Einlageneinziehung zur Abwicklung nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin zur zwischenzeitlichen Entwicklung der Gesellschaft jedenfalls zweifelhaft. Mit diesem erheblichen Vortrag hat sich das Berufungsgericht indes rechtsfehlerhaft nicht mehr befasst.

47 Ob die Erforderlichkeit des Einzugs der rückständigen Einlagen aufgrund des von der Klägerin mitgeteilten Gesellschafterbeschlusses vom 15. Mai 2017 über die Beauftragung des Abwicklers mit der Einziehung anders zu beurteilen wäre, bedarf hier keiner Entscheidung. Dieser neue Tatsachenvortrag der Klägerin in der Revisionsinstanz ist gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Zwar ist § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Umstände, die sich erst während der Revisionsinstanz bzw. nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der

Berufungsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 Rn. 21; Urteil vom 8. November 2016 - II ZR 304/15, BGHZ 212, 342 Rn. 18 mwN). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt, da der Beklagte die Beschlussfassung und deren Wirksamkeit zulässig mit Nichtwissen bestritten hat.

48 III. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann die Klägerin die Zahlung der rückständigen Einlage auch nicht zum Ausgleich unter den Gesellschaftern verlangen.

49 a) Allerdings ist der Abwickler 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. Das gilt auch für einen nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler der Gesellschaft.

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

51 (1) Nach früherer höchstrichterlicher Rechtsprechung gehört die Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des internen Ausgleichs unter den Gesellschaftern einer Personengesellschaft oder die Einforderung von Nachschüssen gemäß § 735 BGB (i.V.m. § 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB) zum Ausgleich unter den Gesellschaftern grundsätzlich nicht mehr zum Aufgabenkreis der Liquidatoren, es sei denn, diese Tätigkeit ist ihnen im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschaftsbeschluss zusätzlich übertragen worden (vgl.

BGH, Urteil vom 14. April 1966 - II ZR 34/64, BB 1966, 844; Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 54).

52 Für den Fall der Liquidation einer Publikumsgesellschaft hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung allerdings im Hinblick auf die bei Publikumsgesellschaften bestehenden Besonderheiten wiederholt in Frage gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, WM 1977, 1449; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 41). Anknüpfend daran hat er für die Liquidation einer Publikums-GbR entschieden, dass der Abwickler in die von ihm zu erstellende Auseinandersetzungsbilanz auch ohne besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag die zu unselbständigen Rechnungsposten gewordenen, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche der Gesellschafter untereinander und gegen die Gesellschaft zumindest dann einzustellen hat, wenn die Gesellschafterversammlung durch einen Beschluss diese Ansprüche in die Schlussabrechnung einbezogen hat. Andernfalls sei bei der für solche Massengesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die untereinander nicht persönlich verbunden sind, der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern nicht gewährleistet, jedenfalls aber würde er in unzumutbarer Weise erschwert (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34 ff.; Urteil vom 20. November 2012 - II ZR 148/10, juris Rn. 34).

53 Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof wegen des engen Zusammenhangs zwischen der Abwicklung des Gesellschaftsvermögens (§ 730 BGB) und dem internen Ausgleich unter den Gesellschaftern in Frage gestellt, ob überhaupt daran festzuhalten sei, dass der Kontenausgleich unter den Gesellschaftern nicht mehr als Gegenstand der Abwicklung und damit nicht als Auf-

gabe der Abwickler anzusehen sei, wenn er ihnen nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag übertragen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34 ff.).

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

55 (3) Nach einer differenzierenden Ansicht (Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., § 149 Rn. 6, 10 f.) können Einlagen und Nachschüsse nicht durch den Liquidator eingefordert werden, sofern dies dem Innenausgleich der Gesellschafter oder der Rückerstattung von Einlagen dienen soll; die Einforderung von Nachschüssen zur Berichtigung von Gesellschaftsschulden sei hingegen als Anspruch der Gesellschaft durch den Liquida-

tor geltend zu machen. Dies folge daraus, dass in Personenhandelsgesellschaften (anders als bei § 733 Abs. 2 Satz 1 BGB) eine Einlagenerstattung nicht vorgesehen sei, so dass Gesellschafter Fehlbeträge untereinander auszugleichen hätten.

56

(4) Andere halten die Liquidatoren gemäß § 149 HGB sowohl zur Einforderung von rückständigen Einlagen als auch von Nachschüssen zum Zweck des internen Gesellschafterausgleichs für befugt, da der Ausgleich unter den Gesellschaftern noch zu den Aufgaben des Liquidators gehöre (MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 20, 29; ders. ZHR 153 [1989], 270, 294 ff.; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 23, 31 f.; Klöhn in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 149 HGB Rn. 12; Anissimov in Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl., § 149 Rn. 6; Rock/Contius, ZIP 2017, 1889, 1890 ff., 1897). Danach schließe die Liquidation die Vollbeendigung aller Rechtsbeziehungen ein (MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 21; ders. ZHR 153 [1989], 270, 296; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 24). Der Liquidator bleibe bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft im Amt. Er habe im Rahmen der Rechnungslegung (§§ 154, 155 HGB) die Kapitalkonten für die Gesellschafter für die Auseinandersetzung zu errechnen und die für die Schlussabwicklung nach § 735 BGB erforderlichen Beträge einzuziehen, wenn und soweit sich im Rahmen der Auseinandersetzungsbilanzrechnung ein Passivsaldo zu Lasten des in Anspruch genommenen Gesellschafters ergebe (MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 21; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31 f.). Die Führung der Kapitalkonten diene in erster Linie dazu, die Endabrechnung zwischen den Gesellschaftern vorzubereiten; die Vorschrift des § 155 HGB sei mit Hilfe des technischen Mittels der Kapitalanteile sozusagen eine Kurzfassung der §§ 733 bis 735 BGB (vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 29; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31 f., unter Verweis auf Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Perso-

nengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 181 f.; Ensthaler, Die Liquidation von Personengesellschaften, 1985, S. 35 ff., 114 ff.; Hillers, Personengesellschaft und Liquidation, 1988, S. 272).

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

58           (1) Bereits die Systematik der §§ 145 ff. HGB zeigt, dass - wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 730 bis 735 BGB - ein enger Zusammenhang zwischen der den Liquidatoren obliegenden Abwicklung des Gesellschaftsvermögens einerseits und dem Ausgleich der Gesellschafter untereinander andererseits besteht. Hinzu kommt, dass die eingesetzten Liquidatoren grundsätzlich bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft im Amt bleiben. Diese tritt erst dann ein, wenn kein Aktivvermögen der Gesellschaft mehr vorhanden ist, welches wiederum grundsätzlich auch in einer nach § 149 HGB einzuziehenden noch offenen Forderung der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter bestehen kann (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 155 Rn. 21). Zwar zählt die Forderung aus einem Saldenausgleich nach klassischem Verständnis nicht mehr zu den Forderungen im Sinne von § 149 HGB. Die Liquidatoren haben aber jedenfalls im Rahmen ihrer Rechnungslegung gemäß § 154 HGB in der Liquidationsschlussbilanz die Kapitalanteile der Gesellschafter für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens gemäß § 155 Abs. 1 HGB zu errechnen und dabei auch die sich aus §§ 733 bis 735 BGB i.V.m. § 105 Abs. 2 HGB ergebenden Einzelansprüche als unselbständige Rechnungsposten in die Kapitalkonten der Gesellschafter einzustellen (vgl. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 181 f.; Ensthaler, Die Liquidation von Personengesellschaften, 1985, S. 35 ff., 114 ff.; Hillers, Personengesellschaft und Liquidation, 1988, S. 272). Auch aus § 155 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 HGB ergibt sich,



dass die Liquidatoren in der Liquidation bei einer etwaigen vorläufigen Verteilung bereits mögliche Ansprüche der Gesellschafter bei der Schlussverteilung zu berücksichtigen haben (vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 29).

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

60 (2) Jedenfalls im vorliegenden Fall der Auflösung einer Publikums-KG in Form einer Massengesellschaft ist eine solche Befugnis des Liquidators deshalb zu bejahen, weil andernfalls der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern bei der für Massengesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die untereinander nicht persönlich verbunden sind, nicht gewährleistet, zumindest aber in unzumutbarer Weise erschwert wäre (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34). Schon dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es, jedenfalls bei Publikumsgesellschaften eine Befugnis des Liquidators zum Innenausgleich auch ohne zumindest indirekte Ermächtigung durch die Gesellschafter - wie etwa in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-GbR in Form einer von einer Gesellschafterversammlung festgestellten (vorläufige) Schlussrechnung unter Einbezug des Innenausgleichs (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191,

293 Rn. 34; Urteil vom 20. November 2012 - II ZR 148/10, juris Rn. 34) - anzunehmen.

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

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

63 c) Die 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 (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424; Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 53). Das gilt grundsätzlich auch im Fall einer Publikumsgesellschaft.

64 Zu der Frage, ob und inwieweit eine Auseinandersetzungsrechnung bzw. ein Ausgleichungsplan bisher aufgestellt worden ist und ob sich daraus ein

Passivsaldo des Beklagten ergibt, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

65 Ein solcher Plan ist hier auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Zwar kann es unter besonderen Umständen, insbesondere wenn die Abwicklung längere Zeit dauert und den Belangen der Gläubiger schon vorher voll Rechnung getragen ist, nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung gerechtfertigt sein, auch ohne Ausgleichsplan Vorschüsse an die ausgleichsberechtigten Gesellschafter zu zahlen und dementsprechend rückständige Einlagen einzufordern. Das setzt aber in jedem Fall die Feststellung voraus, dass der in Anspruch genommene Gesellschafter im Ergebnis noch etwas einzuzahlen hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, NJW 1978, 424 f.; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 53 f.). In diesem Fall muss der Liquidator, d.h. hier die Klägerin, den geltend gemachten Ausgleichsanspruch dartun und beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 54). Auch dazu liegen aber keine Feststellungen des Berufungsgerichts vor.

66 IV. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

AG München, Entscheidung vom 17.09.2015 - 281 C 3244/15 -

LG München I, Entscheidung vom 17.05.2016 - 13 S 17788/15 -