



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 243/16

Verkündet am:
13. März 2018
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Revision sowie der Revision des Beklagten wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Heilbronn vom 26. August 2016 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 700 € zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Heilbronn vom 24. November 2015 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zugunsten der Klägerin eine Einlageforderung von 3.300 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

aus 300 € seit dem 2. September 2013,

aus weiteren 100 € seit dem 2. Oktober 2013,

aus weiteren 100 € seit dem 2. November 2013,

aus weiteren 100 € seit dem 2. Dezember 2013,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Januar 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Februar 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. März 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. April 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Mai 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Juni 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Juli 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. August 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. September 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Oktober 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. November 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Dezember 2014,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Januar 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Februar 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. März 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. April 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Mai 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Juni 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. Juli 2015,
aus weiteren 100 € seit dem 2. August 2015,
jeweils bis 5. August 2015 einzustellen ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

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

2 Der Beklagte trat der Klägerin mit Beitrittserklärung vom 24. September 2008 als Treugeberkommanditist mit einem Zeichnungsbetrag von 12.000 € zuzüglich 6 % Agio bei. Der Gesamtbetrag von 12.720 € war gemäß einer Zusatzvereinbarung in Form einer Kontoeröffnungszahlung von 3.720 € 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 ana-

log für Anleger, die sich als Treugeberkommanditisten über den Treuhänder RA K. 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."

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

"§ 2 Gegenstand des Treuhandvertrages/ Weitere Treugeber

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

[...]

§ 3 Treuhandverhältnis am Kommanditanteil

- (1) Im Außenverhältnis hält der Treuhänder seinen Kommanditanteil als einheitlichen Geschäftsanteil für alle Treugeber gemeinsam. Er tritt Dritten gegenüber in eigenem Namen auf. Dies gilt auch im Verhältnis zur Gesellschaft. Der Treuhänder übt die aus der 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. Im September 2013 stellte der Beklagte seine Ratenzahlungen ein. Im Rechtsstreit hat er seine Beitritts- und Treuhandvertragserklärung widerrufen und die Kündigung der Beteiligung aus wichtigem Grund erklärt.

6 Die Klägerin, vertreten durch den nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler, nimmt den Beklagten auf Zahlung der von September 2013 bis einschließlich März 2016 offenen Raten in Höhe von insgesamt 3.300 € nebst Zinsen in Anspruch. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien als unselbständiger Abrechnungsposten zu ihren Gunsten eine Einlageforderung von 3.300 € nebst Zinsen einzustellen sei.

7 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und auf den Hilfsantrag festgestellt, dass in die Abfindungsrechnung der Parteien zugunsten der Klägerin als unselbständiger Abrechnungsposten Einlageforderungen in Höhe von insgesamt 2.600 € nebst Zinsen einzustellen sind. Im Übrigen hat es die Klage

abgewiesen und die Revision zugelassen. Beide Parteien haben gegen die Entscheidung Revision eingelegt, soweit jeweils zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg; die Revision des Beklagten ist nicht begründet.

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

10 Der Klägerin stehe zwar grundsätzlich gegen den Beklagten ein unmittelbarer Anspruch auf Zahlung rückständiger Einlagen zu, da er aufgrund seiner sich aus dem Treuhand- und Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsstellung einem unmittelbaren Kommanditisten im Wesentlichen gleichgestellt sei. Danach sei er auch verpflichtet, die in der Beitrittserklärung angegebene Einlage in voller Höhe und nicht nur in Höhe des vom Treuhänder für ihn gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV gehaltenen und jeweils anteilig entsprechend seinen Einzahlungen erhöhten Kommanditanteils zu leisten. Der Beklagte habe seine Beitrittserklärung jedoch wirksam widerrufen. Er habe zwar kein Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB in der bis zum 10. Juni 2006 geltenden Fassung (im Folgenden: aF), da die dem Beitritt vorausgehenden Verhandlungen auf seine Bestellung erfolgt seien. Die Klägerin habe dem Beklagten aber ein vertragliches Widerrufsrecht eingeräumt, das mangels eindeutiger Belehrung über die Widerrufsfrist noch nicht verfristet gewesen sei. Damit stehe dem Beklagten nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft ein Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens seines Wi-

derrufs zu, so dass er nur zur Zahlung der bis zu diesem Zeitpunkt fälligen Raten in Höhe von insgesamt 2.600 € verpflichtet sei. Die Klägerin könne den Beklagten aber nicht auf Zahlung in Anspruch nehmen, weil die noch offenen Raten nach dem aktuellen Stand für die Abwicklung der Liquidation nicht erforderlich seien. Auch eine Einforderung zum Ausgleich unter den Gesellschaftern komme nicht in Betracht. Zwar sei davon auszugehen, dass hier ausnahmsweise auch der Ausgleich zu den Aufgaben des Abwicklers zähle. Voraussetzung für eine damit begründete Einforderung sei jedoch ein entsprechender Ausgleichsplan oder die Sicherheit, dass jedenfalls ein der Klageforderung entsprechender Passivsaldo zu Lasten des Beklagten bestehe. Das habe die Klägerin nicht dargetan.

11 Die Klägerin habe jedoch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass ihr Zahlungsanspruch in Höhe von 2.600 € nebst Verzugszinsen in die Abfindungsrechnung einzustellen sei, die Verzugszinsen allerdings nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die fehlende Erforderlichkeit der Einlagen für die Abwicklung festgestanden habe.

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

13 1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Klägerin kein Anspruch auf Zahlung der noch offenen Einlageforderung zusteht.

14 a) Im Ausgangspunkt ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin den Beklagten grundsätzlich unmittelbar aus eigenem Recht auf Leistung der Einlage in Anspruch nehmen kann.

15 aa) Der gegen einen Treugeber gerichtete Anspruch auf Leistung der Einlage steht unmittelbar der Gesellschaft zu, wenn der Treugeber im Innen-

verhältnis 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). Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass dem Beklagten als Treugeberkommanditisten im Innenverhältnis eine solche Stellung als Quasi-Gesellschafter zukommt.

- 16 bb) 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 Verzah-

nung 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).

17 cc) 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.

18 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 dem Treuhandkommanditisten und der Klägerin einerseits und den Treugebern andererseits nicht um ein einfaches Treuhandverhältnis, sondern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung.

19 (1) Nach § 3 Abs. 5 GV war von vornherein die Einwerbung weiterer mittelbarer Kommanditisten bis zu einem Gesamteinlagevolumen von 12 Mio. € vorgesehen. Dabei sollte die Beteiligung als Treugeberkommanditist gemäß einer formularmäßigen Beitrittserklärung die Regel sein.

20 (2) Die vertraglichen Vereinbarungen enthalten von vornherein eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand.

21 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).

22 § 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.

23 Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Anordnung der analogen Anwendung der gesellschaftsvertraglichen Regelungen in § 4 Abs. 1 Satz 1 GV hinreichend verständlich. Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass § 4 Abs. 3 Satz 3 GV "im Übrigen" eine Anordnung der Regelungen des Absatzes 1 vorsieht. § 4 Abs. 3 Satz 3 GV betrifft ersichtlich nur Direktkommanditisten und bestimmt durch die entsprechende Anordnung von § 4 Abs. 1 GV, dass diese im Übrigen - d.h. abgesehen von den Sonderregelungen in § 4 Abs. 3 Satz 1 und 2 GV - mit den Treugeberkommanditisten gleichgestellt werden und für ihr Verhältnis untereinander somit der Treuhandvertrag gelten soll.

- 24 (3) 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.
- 25 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.
- 26 (a) § 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. 3 GV), die Berechtigung zu Entnahmen ab dem Zeitpunkt der voll geleisteten Einlage (§ 5 Abs. 4 Satz 9 GV), die Regelung zur Anlage von Gesellschafterkonten für Kommandi-

tisten (§ 5 Abs. 5 GV) sowie die Regelung zur Stimmberechtigung der Kommanditisten (§ 9 Abs. 3 GV) analog gleichermaßen für die Treugeber.

27 (b) 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.

28 So tritt der Treuhandkommanditist 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.

29 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.

30 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.

31 (c) 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 des Treuhandkommanditisten zu zahlen ist.

32 (aa) 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.

33 (bb) 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 der Treuhandkommanditist nur als Mittler zwischengeschaltet ist.

34 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 des Treuhänders 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 den Treuhandkommanditisten entsprechend selbst angewiesen. Zudem ist der Treuhandkommanditist nach § 5 Abs. 1 TrhV verpflichtet, die Einlage nach Eingang auf seinem Konto unter Einhaltung der Regularien an die Gesellschaft weiterzuleiten, ohne dass diese Weiterleitung an besondere Voraussetzungen geknüpft oder in seine Entscheidungsbefugnis gestellt würde.

35 b) Entgegen der Ansicht des Beklagten ist der Anspruch der Klägerin auf Leistung der Einlage nicht bereits im Zeitpunkt seiner Entstehung in der jeweils geschuldeten Höhe sogleich erfüllt worden.

36 Insoweit macht der Beklagte ohne Erfolg geltend, seine Beteiligung bestehe nach § 2 Abs. 1 Satz 2 TrhV jeweils nur in Höhe seiner bereits "erfüllten

Einzahlungsverpflichtung", so dass es keine offene Einlageforderung geben könne. Die in § 2 Abs. 1 TrhV vorgesehene anteilige Erhöhung der Beteiligung des Treugebers an der Gesellschaft entsprechend der Höhe der von ihm geleisteten Einzahlungen betrifft nicht seine vertragliche Einlageverpflichtung gegenüber der Klägerin, sondern nur seine gesellschaftsinterne Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern. Die Regelung ist erforderlich, weil der Treuhänder gegenüber der Klägerin einen einheitlichen Kommanditanteil zugunsten mehrerer Treugeberkommanditisten hält, deren jeweilige Anteile an diesem Kommanditanteil sich nach der Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung bestimmen.

37 Davon zu unterscheiden ist die Einlageverpflichtung des Beklagten gegenüber der Gesellschaft, die er mit seiner Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung eingegangen ist. Danach beläuft sich die von ihm insgesamt zu leistende Beteiligungs- bzw. Zeichnungssumme auf 12.720 €. Mit der Zusatzvereinbarung wurde ihm 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, ZIP 2017, 1365 Rn. 23). Das ergibt sich nicht nur aus der Verpflichtung des Kommanditisten in § 5 Abs. 1 GV zur Leistung der "in der Beitrittserklärung vereinbarte(n) Einlage", die nach § 5 Abs. 4 GV auch "in Einzelbeträgen" bzw. "Teilzahlungen" erbracht werden kann, sondern ausdrücklich auch aus § 5 Abs. 4 Satz 11 GV, wonach "noch nicht erbrachte Teilzahlungsbeiträge ... als ausstehende Einlagen behandelt und verbucht" werden.

38 Da der Beklagte 3.300 € von seiner Gesamteinlageverpflichtung noch nicht gezahlt hat, besteht eine noch offene Einlageforderung der Klägerin in dieser Höhe.

39 c) Der Anspruch der Klägerin auf Leistung der noch offenen Einlageforderung ist entgegen der Ansicht des Beklagten auch nicht mit der Abwicklungsanordnung der BaFin gemäß § 38 KWG entfallen oder wegen Unmöglichkeit erloschen.

40 aa) 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.).

41 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).

42 bb) Bei der noch offenen Einlageverpflichtung des Beklagten handelt es sich - wie dargelegt - um eine "rückständige" Einlage, unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt der Abwicklungsanordnung bereits fällig war oder nicht.

43 cc) Die Einforderung der rückständigen Einlagen stellt auch kein neues, werbendes Geschäft dar, das der Klägerin ab dem Zeitpunkt der sofort vollzieh-

baren 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.

44 dd) Aus diesem Grund lässt sich gegen die Leistungspflicht des Beklagten auch nicht einwenden, diese sei wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB entfallen, weil es der Klägerin aufgrund des behördlichen Verbots untersagt sei, ihre Kommanditanteile in der Liquidation vertragsgemäß entsprechend den eingeforderten Ratenzahlungsrückständen zu erhöhen, da es sich hierbei um ein auf Vermögensmehrung zielendes Geschäft handele. 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.

45 d) Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass der Anspruch der Klägerin auf Leistung der noch offenen Einlage teilweise durch den von dem Beklagten erklärten Widerruf ex nunc erloschen ist.

46 Nach den von den Revisionen insoweit unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist allerdings davon auszugehen, dass dem Beklagten zwar kein gesetzliches Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB aF, wohl aber ein vertragliches Widerrufsrecht zustand.

47 Ob dieses vertragliche Widerrufsrecht, wie vom Berufungsgericht angenommen, mangels einer den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Widerrufsbelehrung unbefristet war, kann offenbleiben. Ein darauf gestützter Widerruf ist jedenfalls in Fortführung der Senatsrechtsprechung zum Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei einer sich in Liquidation befindlichen Gesellschaft ausgeschlossen.

48 Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Anfechtung einer Beteiligung wegen Arglist in der Liquidation der Gesellschaft ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 - II ZR 41/78, NJW 1979, 765). Bei Auflösung der Gesellschaft vor der Anfechtung des Gesellschafters, ist es nicht mehr erforderlich, ihm das Ausscheiden durch außerordentliche Kündigung als Ersatz für die ihm eigentlich zustehende Auflösungsklage zu ermöglichen. Darüber hinaus verbietet das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation ein gesondertes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinandersetzungsverfahrens. Entsprechendes gilt für den vertraglich eingeräumten Widerruf einer Beteiligung in der Liquidation der Gesellschaft. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage der Richtlinienkonformität in Bezug auf die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (RL 85/577/EWG) stellt sich hier nicht, da es sich um ein individuell vereinbartes und nur aufgrund nationaler Auslegungsregeln begründetes Widerrufsrecht handelt.

49 e) Ob dem Beklagten auch ein Recht zur Kündigung seiner Beteiligung aus wichtigem Grund zusteht, kann aus obigen Erwägungen und unter Anwendung der Senatsrechtsprechung zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei einer sich in Liquidation befindlichen Gesellschaft (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 - II ZR 41/78, NJW 1979, 765) ebenfalls dahinstehen.

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

51 aa) Ein Anspruch auf Zahlung der offenen Einlage zu Abwicklungszwecken scheidet daran, dass die Einlage nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts für die Abwicklung der Gesellschaft nicht benötigt wird.

52 (1) Grundsätzlich dürfen ausstehende Einlagen im Rahmen der Liquidation einer Fondsgesellschaft nur eingefordert werden, wenn und soweit dies zur Durchführung der Abwicklung, d.h. für die Befriedigung der Gläubiger oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten erforderlich ist (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 ausübenden 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).

- 53 (2) Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der eingeforderte Betrag für die Abwicklung nicht benötigt wird, obliegt dem Gesellschafter. Der Liquidator hat jedoch die insoweit bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzustellen, soweit nur er dazu imstande ist; er hat im Einzelnen darzulegen, wozu die eingeforderten Beträge im Rahmen der Abwicklung benötigt werden (BGH, Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898; Urteil vom 5. November 1979 - II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 194; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 149 Rn. 3; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 HGB Rn. 20; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 69 Rn. 45; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 16).
- 54 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 auch 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.
- 55 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.
- 56 (3) Danach hat das Berufungsgericht hier rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Einlage des Beklagten zu Abwicklungszwecken nicht mehr benötigt wird.

- 57 Das Berufungsgericht hat sich in nicht zu beanstandender Weise darauf gestützt, dass die Klägerin nach dem Statusbericht der T. B. GmbH vom 5. August 2015 für das zweite Quartal 2015 zum 30. Juni 2015 über ein Bankguthaben von 2,8 Mio. € verfügte, mit Ausnahme der laufenden Kosten keine weiteren Verbindlichkeiten mehr bestanden und unter Berücksichtigung der zukünftigen Ausgaben zum Abschluss des Liquidationsverfahrens eine verbleibende Liquidität von ca. 780.000 € prognostiziert wurde. Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Berufungsgericht die von der Klägerin angeführten Güteanträge einer Interessengemeinschaft von Anlegern betreffend Schadensersatzansprüche gegen "mehrere Antragsgegner" in Höhe von über 1,7 Mio. € für die Liquidität der Gesellschaft im Liquidationsverfahren mit der - von der Revision nicht angegriffenen - Begründung für unerheblich erachtet hat, dass diese Ansprüche allenfalls das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis betreffen könnten. Dass diese Ansprüche gegen die Klägerin geltend gemacht würden, hat sie auch im Revisionsverfahren nicht geltend gemacht.
- 58 Soweit die Klägerin dagegen einwendet, das Berufungsgericht habe verkannt, dass für die Beurteilung der Erforderlichkeit zu Abwicklungszwecken nicht auf den 30. Juni 2015 sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen sei, und dass die mit 780.000 € veranschlagte voraussichtliche Restliquidität im Statusbericht lediglich unbestimmt in den Raum gestellt werde, verfängt dies nicht. Die Revision zeigt weder auf, dass sich die Liquidität der Klägerin bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gegenüber dem Statusbericht relevant verschlechtert hat, noch, dass die Klägerin dies in der Instanz vorgetragen hat.
- 59 (4) 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 beur-

teilen 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 auszu-legen, 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 entgegenste-hen (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.

60 bb) Die Klägerin kann die Zahlung der offenen Einlage des Beklagten auch nicht - wie sie mit der Revision geltend macht - zum Zweck des Aus-gleichs unter den Gesellschaftern verlangen.

61 (1) Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, dass der Abwickler jedenfalls bei einer Publikums-KG vorbehaltlich anderweitiger gesellschaftsvertraglicher Regelungen auch ohne gesellschaftsvertragliche Er-mächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des Aus-gleichs unter den Gesellschaftern befugt ist. Das gilt auch für einen nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler der Gesellschaft.

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

63 (aa) Nach früherer höchstrichterlicher Rechtsprechung gehört die Einfor-derung 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).

64 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).

- 65 Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof wegen des engen Zusammenhangs zwischen der Abwicklung des Gesellschaftsvermögens (§ 730 BGB) und dem internen Ausgleich unter den Gesellschaftern in Frage gestellt, ob überhaupt daran festzuhalten sei, dass der Kontenausgleich unter den Gesellschaftern nicht mehr als Gegenstand der Abwicklung und damit nicht als Aufgabe der Abwickler anzusehen sei, wenn er ihnen nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag übertragen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34 ff.).
- 66 (bb) In der Literatur wird zum Teil vertreten, der Liquidator sei ohne besondere Ermächtigung durch die Gesellschaft weder befugt, rückständige Einlagen zum Zweck des internen Gesellschafterausgleichs einzuziehen, noch Nachschüsse gemäß § 735 BGB zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung oder zur Ausgleichung unter den Gesellschaftern geltend zu machen (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 11, 15; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 149 Rn. 3; Kamanabrou in Oetker, HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 7, 11). Danach stelle der Gesellschafterausgleich kein zum Aufgabenkreis der Liquidatoren gehörendes typisches Abwicklungsgeschäft dar, und die Einforderung von Nachschüssen nach § 105 Abs. 3 HGB, § 735 BGB betreffe den Ausgleich der Kapitalkonten, was Aufgabe der Gesellschafter und nicht der Liquidatoren sei. Der Anspruch auf Nachschussleistung könne auch nicht als ein der Gesellschaft zustehender Sozialanspruch angesehen werden. Es handele sich um keine auf dem mitgliedschaftlichen 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.

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

68 (dd) Andere halten - wie das Berufungsgericht - 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 Kapitalkon-
ten für die Gesellschafter für die Auseinandersetzung zu errechnen und die für
die Schlussabwicklung nach § 735 BGB erforderlichen Beträge einzuziehen,
wenn und soweit sich im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung ein Pas-
sivsaldo 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. Münch KommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 149 Rn. 29; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31 f., unter Verweis auf Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 181 f.; Ensthaler, Die Liquidation von Personengesellschaften, 1985, S. 35 ff., 114 ff.; Hillers, Personengesellschaft und Liquidation, 1988, S. 272).

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

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

71 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.

72 (bb) Jedenfalls im vorliegenden Fall der Auflösung einer Publikums-KG in Form einer Massengesellschaft ist eine solche Befugnis des Liquidators zudem 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 (vorläufigen) Schlussrechnung unter Einbezug des Innenausgleichs (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34; Urteil vom 20. November 2012 - II ZR 148/10, juris Rn. 34) - anzunehmen.

73 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.

74 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.

75 (3) Wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, erfordert die Einforderung rückständiger Einlagen zum Ausgleich unter den Gesellschaftern jedoch grundsätzlich die Vorlage eines Auseinandersetzungsplans, der einen Passivsaldo des in Anspruch genommenen Gesellschafters ausweist.

76

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Einforderung rückständiger Einlagen zum Ausgleich zwischen den Gesellschaftern im Regelfall 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.

77 Einen Ausgleichungsplan oder eine Schlussabrechnung mit Ausgleichsansprüchen gegen den Beklagten hat die Klägerin nach den insoweit unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht dargetan. Dass ein solcher Plan hier ausnahmsweise entbehrlich wäre (vgl. dazu 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.), ist nicht ersichtlich und wird auch von der Klägerin mit der Revision nicht geltend gemacht.

78 2. Die Revision der Klägerin hat aber insoweit Erfolg, als auf ihren Hilfsfeststellungsantrag die Einlageforderung in voller Höhe zu ihren Gunsten als unselbständiger Abrechnungsposten in die Abfindungsrechnung der Parteien einzustellen ist.

79 a) Der Feststellungsantrag ist zulässig. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist in Anbetracht der laufenden Liquidation und des noch durchzuführenden Ausgleichs sowie des Bestreitens jeglicher Ansprüche der Klägerin durch den Beklagten gegeben.

80 b) Der Antrag ist auch begründet. Der Senat kann hierüber in der Sache abschließend selbst entscheiden, da die erforderlichen tatsächlichen Feststel-

lungen getroffen und weitere entgegenstehende Feststellungen nicht zu erwarten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO).

- 81 Die noch offene Einlageforderung der Gesellschaft ist in die Schlussrechnung einzustellen, da sie mangels Erforderlichkeit zur Abwicklung nicht eingefordert werden kann (Klöhn in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB, § 149 Rn. 11; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 13; Kamanabrou in Oetker, HGB, 5. Aufl. 2017, § 149 Rn. 9). Die Höhe der einzustellenden Forderung richtet sich nach der Höhe der noch offenen Einlagen des Beklagten und beträgt mithin 3.300 €.

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

AG Heilbronn, Entscheidung vom 24.11.2015 - 9 C 2932/15 -

LG Heilbronn, Entscheidung vom 26.08.2016 - (I) 5 S 1/16 -