



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 192/20

vom

7. Dezember 2021

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. Dezember 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, den Richter V. Sander und den Richter Dr. von Selle

beschlossen:

1. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Oktober 2020 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 23. November 2020 gemäß § 552a ZPO mit der Maßgabe, dass der Haupt- und der Hilfsantrag der Klägerin, soweit diese auf Zahlung eines Abfindungsfehlbetrags in Höhe von 7.100 € gerichtet sind, nicht endgültig, sondern nur als derzeit unbegründet abgewiesen werden, auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen.
2. Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 7.600 € festgesetzt.

Gründe:

A.

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

2 Der Beklagte beteiligte sich im Dezember 2003 als Direktkommanditist mit einer Zeichnungssumme von 100.000 € zzgl. 3 % Agio an der Klägerin. Gemäß § 4 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags in der im Beitrittszeitpunkt geltenden Fassung (im Folgenden: GV aF) leistete er zunächst nur 54 % der Zeichnungssumme zuzüglich Agio; die restlichen 46 % sollten in einem Betrag durch Verrechnung mit ausschüttungsfähigen Gewinnen erbracht werden.

3 § 4 Nr. 3 GV aF lautete:

"3. Kommanditeinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten:

Die Pflichteinlage eines Treugebers oder Direktkommanditisten beträgt mindestens EUR 15.000,00 zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % der Pflichteinlage und muss durch 5.000 teilbar sein. Die Treugeber und Direktkommanditisten sind verpflichtet, 54 % der Pflichteinlage zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen als Bareinlage zu leisten. 46 % der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn die Treugeber und Direktkommanditisten diesen Betrag in voller Höhe aus erwirtschafteten und zur Ausschüttung anstehenden Gewinnen der Gesellschaft leisten können. Sobald in dieser Höhe ausschüttungsfähige Gewinne zur Verfügung stehen, werden diese mit dem ausstehenden Teil der Pflichteinlage in gleicher Höhe verrechnet. Die Pflichteinlagen sind feste Kapitalanteile. Direktkommanditisten werden jeweils mit 103 % der Pflichteinlage ... als Haftsumme im Handelsregister eingetragen.

...

Eine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen oder sonstiger die Pflichteinlage zuzüglich Agio übersteigenden Zahlungen oder zur Teilnahme an Kapitalerhöhungen, die die übrigen Gesellschafter und Treugeber beschließen, besteht nicht. Dies gilt auch im Fall vorheriger vertragsgemäßer Entnahmen, die nicht durch Gewinne gedeckt sind, so daß in dieser Weise zurückbezahlte Kapitaleinlagen nicht als Pflichteinlagen wieder einzulegen sind."

4 Außerdem enthielt § 23 Nr. 6 GV folgende Schiedsgutachterklausel für die Ermittlung der Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters:

"6. ... Kann über die Höhe der Abfindung zwischen dem Komplementär und dem ausscheidenden Gesellschafter oder Treugeber kein Einvernehmen erzielt werden, wird die Abfindung durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer München zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter, der auch über die Kosten seiner Inanspruchnahme entsprechende Bestimmungen der §§ 91 f. ZPO zu befinden hat, verbindlich ermittelt."

5 Am 24. Juli 2012 beschloss die Gesellschafterversammlung, § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV wie folgt zu ersetzen:

"6 % der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn sie durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft schriftlich eingefordert werden; der Rest der ausstehenden Pflichteinlage kann nur zinslos eingefordert werden, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird."

6 Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 stellte die Klägerin 6 % der Pflichteinlage fällig und forderte den Beklagten zur Einzahlung von 6.000 € auf. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nach und schied nach ordentlicher Kündigung seiner Beteiligung zum 31. Dezember 2015 aus der Klägerin aus.

7 Die Klägerin hat den Beklagten mit der Behauptung, sein auf den 31. Dezember 2015 ermittelter Abfindungsfehlbetrag betrage einschließlich 500 € Kosten für die Bearbeitung seines Austritts 7.600 €, auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie beantragt, ihr eine angemessene Frist zur Einholung eines Schiedsgutachtens zu setzen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin ihren Antrag auf Zahlung von 7.600 € nebst Zinsen weiterverfolgt. Hilfsweise hat sie

in erster Linie beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 7.100 € nebst Zinsen und zu ihrer Freistellung von Notarkosten aufgrund seiner Austragung aus dem Handelsregister in Höhe von 238,40 € und von Eintragungskosten in Höhe von 60 € zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat diesem Hilfsantrag hinsichtlich der Freistellung der Klägerin von den Notar- und Eintragungskosten stattgegeben und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

B.

8 Die Revision ist durch Beschluss zurückzuweisen (§ 552a ZPO). Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht mehr vor und die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen wie folgt begründet:

10 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zahlung eines etwaigen Abfindungsfehlbetrages zu, weil nach der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der Gesellschaft keine "rückständige Einlage" des Beklagten im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB mehr bestanden habe. Bei der Verrechnungsregel in § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 bis 4 GV aF habe es sich zwar lediglich um eine Fälligkeitsregelung gehandelt, mit der 46 % der Pflichteinlage bis zur Erwirtschaftung ausschüttungsfähiger Gewinne in entsprechender Höhe gestundet worden seien. Nach der Zahlung von 54 % der Pflichteinlage habe daher eine noch

offene Einlageforderung in Höhe von 46 %, d.h. 46.000 € gegen den Beklagten bestanden. Mit der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV seien weitere 6 % der Pflichteinlage, d.h. 6.000 € fällig gestellt worden, so dass es sich auch in dieser Höhe um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB gehandelt habe, die der Beklagte indes ebenfalls beglichen habe. Anderes gelte jedoch hinsichtlich der restlichen 40 % der Pflichteinlage. Diesbezüglich sei § 167 Abs. 3 HGB mit der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV dahingehend abbedungen worden, dass Rückständigkeit im Sinne dieser Vorschrift nur insoweit gegeben sein solle, als die Zahlung des noch ausstehenden Teils der Pflichteinlage durch einen Gesellschafterbeschluss verlangt, d.h. fällig gestellt werde. Das sei nicht geschehen.

11 Die Klägerin habe gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Zahlung von 500 € für die Bearbeitung seines Austritts, sondern lediglich einen Anspruch auf Freistellung von den durch die Löschung seiner Eintragung im Handelsregister anfallenden Gerichts- und Notarkosten in Höhe von insgesamt 298,40 €. Diese seien von den nach § 18 Satz 2 GV von einem Beteiligungsinteressenten oder Treugeber zu tragenden Kosten umfasst, nicht aber ein darüberhinausgehender Anspruch auf eine Kostenpauschale in Höhe von 500 €. Da die Klägerin jedoch für die vom Beklagten bestrittene Bezahlung der Gerichts- und Notarkosten keinen Beweis angetreten habe, könne sie von ihm nur Freistellung von diesen Kosten verlangen.

12 Die Revision sei wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zuzulassen, weil die streitgegenständliche Beschlusslage gleichgelagert in einer Vielzahl von Beteiligungen an mehreren Fonds bestehe und deswegen bundesweit ungefähr 150 Klagen anhängig seien.

13 II. Ein Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

14 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 552a Satz 1 ZPO vorliegen, ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2005 - I ZR 255/02, NJW-RR 2005, 650 Rn. 7 - SIM-Lok II; Beschluss vom 9. September 2014 - IV ZR 99/12, VersR 2015, 126; Beschluss vom 16. Oktober 2018 - I ZR 38/18, VersR 2019, 483 Rn. 6). Danach sind hier bei Erlass der angefochtenen Entscheidung möglicherweise bestehende Zulassungsgründe durch die nachfolgenden Urteile des Senats (BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 - II ZR 184/19, ZIP 2021, 688; II ZR 201/19, juris und II ZR 48/20, NZG 2021, 737) entfallen.

15 1. Die vom Berufungsgericht als grundsätzlich klärungsbedürftig angesehene "Beschlusslage" der Klägerin ist durch die nach Erlass der Berufungsentcheidung ergangenen Urteile des Senats (BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 - II ZR 184/19, ZIP 2021, 688; II ZR 201/19, juris und II ZR 48/20, NZG 2021, 737) geklärt. Auch eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung kommt insoweit nicht mehr in Betracht.

16 Wie der Senat in Parallelverfahren zwischen der Klägerin und anderen Kommanditisten entschieden hat (BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 - II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 20 ff.; II ZR 201/19, juris Rn. 16 ff. und II ZR 48/20, NZG 2021, 737 Rn. 11 ff.), kann die Klägerin einen ausgeschiedenen Kommanditisten nach dem Gesellschaftsvertrag i.V.m. § 167 Abs. 3, § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, §§ 735, 738, 739 BGB zwar nur bis zur Höhe seiner

"rückständigen Einlage" auf Zahlung eines etwaigen Abfindungsfehlbetrages in Anspruch nehmen. Anders als vom Berufungsgericht angenommen handelt es sich aber auch nach der am 24. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV bei der gesamten im Zeitpunkt des Ausscheidens des Kommanditisten noch offenen Einlageverpflichtung unabhängig von ihrer Fälligkeit um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB. Die Klägerin kann einen ausgeschiedenen Kommanditisten danach unabhängig davon, ob der noch ausstehende Teil der Pflichteinlage im Zeitpunkt des Ausscheidens des Kommanditisten bereits durch einen Gesellschafterbeschluss eingefordert, d.h. fällig gestellt wurde, bis zur Höhe des gesamten noch ausstehenden Betrages auf Ausgleich eines Abfindungsfehlbetrages in Anspruch nehmen.

17 2. Kein Zulassungsgrund ergibt sich auch aus der Rüge der Klägerin, die Entscheidung des Berufungsgerichts beruhe auf einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Diese Gehörsrüge ist bereits nicht ordnungsgemäß dargetan (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO). Soweit die Klägerin geltend macht, mit der Aberkennung der Austragungskosten habe das Berufungsgericht ihren Vortrag verkannt, wonach die Kosten in einer Abrede mit Rechtsanwalt Dr. Z. auf 500 € pauschal festgesetzt worden seien, fehlt es an der erforderlichen Bezeichnung der Fundstelle in den Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen, aus denen sich das übergangene bzw. verkannte Vorbringen ergeben soll (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2018 - XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178 Rn. 40 mwN). Auch den Feststellungen des Berufungsgerichts ist kein Anhalt für ein solches Vorbringen der Klägerin zu entnehmen.

18 Weitere Zulassungsgründe werden von der Revision nicht aufgezeigt und liegen auch nicht vor.

19 III. Die Revision hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

20 Nach den Entscheidungen des Senats (BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 - II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 20 ff.; II ZR 201/19, juris Rn. 16 ff. und II ZR 48/20, NZG 2021, 737 Rn. 11 ff.) kann die Klägerin den Beklagten zwar auch nach der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 GV bis zur vollen Höhe seiner noch offenen Einlageverpflichtung, d.h. bis zu einem Betrag von 40.000 €, auf Ausgleich eines etwaigen negativen Kapitalkontos in Anspruch nehmen.

21 Das verhilft ihrer Revision aber nicht zum Erfolg, weil das Berufungsgericht ihren Zahlungsantrag, wenn auch mit fehlerhafter Begründung, im Ergebnis zutreffend abgewiesen hat. Die Revision der Klägerin ist lediglich mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass ihr Haupt- und ihr Hilfsantrag, soweit diese auf Zahlung eines Abfindungsfehlbetrages von 7.100 € gerichtet sind, als derzeit unbegründet abgewiesen werden. Das ändert aber nichts daran, dass die Revision der Klägerin im Ergebnis keinen Erfolg hat.

22 1. Der Zahlungsantrag der Klägerin ist hinsichtlich des geltend gemachten Abfindungsfehlbetrags von 7.100 € derzeit unbegründet, weil die Klägerin nach der in § 23 Nr. 6 GV enthaltenen Schiedsgutachterklausel vor Klageerhebung ein Gutachten über die Höhe der Abfindung hätte einholen müssen.

23 a) Die Schiedsgutachterklausel ist im vorliegenden Fall anwendbar, weil der Beklagte Einwände gegen die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Abfindungsfehlbetrages erhoben und sich im vorliegenden Verfahren auf die Schiedsgutachterklausel berufen hat. Anhaltspunkte dafür, dass seine Berufung auf die Schiedsgutachterklausel treuwidrig (§ 242 BGB) wäre, liegen nicht vor.

24 b) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist eine Leistungsbestimmung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Einholung eines gerichtlichen Gutachtens nicht geboten.

25 aa) Nach § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB ist die Leistungsbestimmung durch Urteil vorzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann, will oder verzögert. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die Leistung durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987 mwN). Undurchführbar ist eine Bestimmung schon dann, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1979 - V ZR 150/77, BGHZ 74, 341, 344 f.; Urteil vom 26. Oktober 1989 - VII ZR 75/89, NJW 1990, 1231, 1232; Urteil vom 6. November 1997 - III ZR 177/96, NJW 1998, 1388, 1390; Urteil vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987; Urteil vom 7. Juni 2011 - II ZR 186/08, ZIP 2011, 1358 Rn. 13 ff.; Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 Rn. 31). Entsprechendes gilt für den Fall, in dem nicht eine Partei den Gutachter zu benennen hatte, sondern die Parteien über seine Person eine Einigung herbeizuführen hatten (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2001 - V ZR 372/99, NJW 2001, 1928, 1929; Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 Rn. 31).

26 bb) Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Wie der Senat in den oben genannten Parallelverfahren zwischen der Klägerin und anderen Kommanditisten (vgl. etwa Urteil vom 23. Februar 2021 - II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 54, 61) ausgeführt hat, waren die Parteien bei Streit über die Abfindungshöhe man-

gels anderweitiger vertraglicher Regelung grundsätzlich gleichermaßen verpflichtet, die zur Einholung eines Schiedsgutachtens gemäß § 23 Nr. 6 GV erforderlichen Schritte einzuleiten bzw. daran mitzuwirken, wobei demjenigen, der einen Anspruch aufgrund des zu ermittelnden Betrages geltend machen wollte, die Initiative zur gemeinsamen Gutachteneinholung oblag. Dass die Einholung eines solchen Gutachtens daran gescheitert wäre, dass die Parteien keine Einigung über die Person des Gutachters erzielen konnten, oder die Klägerin überhaupt vergebliche Schritte zur Einholung eines Gutachtens unternommen hätte, ist indes nicht festgestellt und wird von der Revision auch nicht geltend gemacht. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. April 2000 (V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987) zugrundeliegenden Sachverhalt ist die Einholung des Gutachtens auch noch durchführbar. In dieser Situation ist es weder angezeigt noch geboten, der Klägerin allein aufgrund ihrer Untätigkeit über § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB eine unmittelbare Klage auf Zahlung des von ihr errechneten Abfindungsfehlbetrags und damit eine Umgehung der vertraglichen Vereinbarung zu ermöglichen. Der Gedanke der Prozessökonomie gibt insoweit keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung.

27

c) Ohne Erfolg macht die Klägerin auch geltend, ihr sei gemäß ihrem erstinstanzlichen Hilfsantrag entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung eines Schiedsgutachtens zu setzen. Hierzu besteht auch unter Berücksichtigung prozessökonomischer Gesichtspunkte kein Anlass, nachdem die Klägerin vor Klageerhebung nahezu drei Jahre seit dem Ausscheiden des Beklagten und auch noch während des Rechtsstreits ausreichend Zeit zur Einholung eines Gutachtens gehabt hätte. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, zugunsten einer Partei mit der Entscheidung zuzuwarten, bis diese die Voraussetzungen für die Geltendmachung ihres Anspruchs geschaffen hat.

28 Der Einwand der Klägerin, ein in einem Parallelverfahren eingeholtes gerichtliches Sachverständigengutachten habe die Rechenmethodik, die auch bei ihrer Ermittlung des Abfindungsguthabens zur Anwendung gekommen sei, bestätigt, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Allein die pauschale Behauptung einer Bestätigung der verwendeten Rechenmethode lässt nicht erkennen, inwiefern dieses - überdies nicht die Klägerin sondern einen Schwes-terfonds und einen zum 31. Dezember 2014 ausgeschiedenen Gesellschafter betreffende - Gutachten nicht nur sachlich richtig ist, sondern darüber hinaus auch auf den vorliegenden Fall übertragbar sein sollte und zu dem von der Klä-gerin behaupteten Ergebnis führen würde.

29 2. Keinen Erfolg hat die Revision auch, soweit sie sich gegen die Aberkennung eines Anspruchs der Klägerin auf Zahlung einer Pauschale von 500 € für die Kosten des Ausscheidens des Beklagten wendet. Ihre Rüge, das Beru-fungsgericht habe Vortrag der Klägerin verkannt, wonach die Kosten in einer Abrede mit Rechtsanwalt Dr. Z. pauschal auf 500 € festgesetzt wor-den seien, ist - wie oben ausgeführt - bereits nicht ordnungsgemäß dargetan (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO). Entsprechendes Vorbringen der Klägerin ist auch den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu entneh-men.

30 Dass das Berufungsgericht der Vertragskostenregelung in § 18 Satz 2 GV keinen Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Kostenpauschale von 500 € entnommen hat, lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Gleiches gilt für die Feststellung des Beru-fungsgerichts, dass die Klägerin den Beklagten hinsichtlich der konkret anfal-lenden Gerichts- und Notarkosten für seine Löschung im Handelsregister nur

auf Freistellung in Anspruch nehmen kann, weil sie die vom Beklagten bestrittene Bezahlung dieser Kosten nicht nachgewiesen hat.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 20.03.2020 - 6 O 18941/18 -

OLG München, Entscheidung vom 21.10.2020 - 7 U 2556/20 -