



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 118/20

vom

27. April 2021

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. April 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 27. Mai 2020 gemäß § 552a ZPO auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen.
2. Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 20.640 € 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 April 2004 als Direktkommanditist mit einer Zeichnungssumme von 200.000 € zzgl. 3 % Agio an der Klägerin. Gemäß § 4 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags in der im Beitrittszeitpunkt geltenden Fas-

sung (im Folgenden: GV aF) leistete er zunächst nur 50 % der Zeichnungssumme zuzüglich Agio; die restlichen 50 % sollten in einem Betrag durch Verrechnung mit ausschüttungsfähigen Gewinnen erbracht werden.

§ 4 Nr. 3 GV aF lautete:

"3. Kommanditeinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten:

Die Pflichteinlage eines Treugebers oder Direktkommanditisten beträgt mindestens EUR 20.000,00 zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % der Pflichteinlage und muss durch 1.000 teilbar sein. ...

Die Treugeber und Direktkommanditisten sind verpflichtet, 50 % der Pflichteinlage zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen als Bareinlage zu leisten. 50 % der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn die Treugeber und Direktkommanditisten diesen Betrag in voller Höhe aus erwirtschafteten und zur Ausschüttung anstehenden Gewinnen der Gesellschaft leisten können. Sobald in dieser Höhe ausschüttungsfähige Gewinne zur Verfügung stehen, werden diese mit dem ausstehenden Teil der Pflichteinlage in gleicher Höhe verrechnet. Die Pflichteinlagen sind feste Kapitalanteile.

Direktkommanditisten werden jeweils mit 103 % der Pflichteinlage als Haftsumme im Handelsregister eingetragen. ...

...

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

3           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 entsprechend den Bestimmungen der §§ 91 f. ZPO zu befinden hat, verbindlich ermittelt."

4           Am 25. Juli 2012 beschloss die Gesellschafterversammlung § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 wie folgt zu ersetzen:

"4,5 % der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn sie durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft schriftlich eingefordert werden; der Rest der ausstehenden Pflichteinlage kann nur zinslos eingefordert werden, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird."

5           Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 stellte die Klägerin 4,5 % der Pflichteinlage fällig und forderte den Beklagten zur Einzahlung von 9.000 € auf. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nach und schied nach ordentlicher Kündigung seiner Beteiligung zum 31. Dezember 2014 aus der Klägerin aus.

6           Die Klägerin hat den Beklagten mit der Behauptung, der auf den 31. Dezember 2014 ermittelte Abfindungsfehlbetrag betrage 20.640 €, auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der

vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter.

B.

7 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.

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

9 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten bereits dem Grunde nach kein  
Anspruch auf Ausgleich eines negativen Kapitalkontos zu, da nach der am  
25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV und der vom Be-  
klagten auf die Nachforderung der Klägerin geleisteten Zahlung von 9.000 €  
keine "rückständige Einlage" des Beklagten im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB  
mehr bestehe. Bei der Verrechnungsregel in § 4 Nr. 3 Abs. 2 GV aF habe es  
sich zwar lediglich um eine Fälligkeitsregelung gehandelt, mit der 50 % der  
Pflichteinlage bis zur Erwirtschaftung ausschüttungsfähiger Gewinne in ent-  
sprechender Höhe gestundet worden seien. Nach der Zahlung dieser 50 % der  
Pflichteinlage habe daher eine noch offene Einlageforderung in Höhe von 50 %,  
d.h. 100.000 € gegen den Beklagten bestanden. Mit der am 25. Juli 2012 be-  
schlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV seien weitere 4,5 % der Pflichteinla-  
ge, mithin 9.000 €, fällig gestellt worden. Hinsichtlich der restlichen 45,5 % der  
Pflichteinlage sei § 167 Abs. 3 HGB mit der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2  
Satz 2 GV jedoch 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. Da der Beklagte bereits 54,5 % der Zeichnungssumme gezahlt habe und hinsichtlich der Einforderung der restlichen 45,5 % der Pflichteinlage kein Gesellschafterbeschluss gefasst worden sei, könne er nach § 167 Abs. 3 HGB auch nicht mehr auf Ausgleich eines Abfindungsfehlbetrags in Anspruch genommen werden.

10            Bezüglich der von der Klägerin außerdem verlangten Bearbeitungskosten von 500 € infolge des Ausscheidens stehe ihr ebenfalls kein Zahlungsanspruch zu, da dem Gesellschaftsvertrag keine solche Verpflichtung des Beklagten zu entnehmen sei.

11            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.

12            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.

13            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 Ent-

scheidung möglicherweise bestehende Zulassungsgründe durch die nachfolgenden Urteile des Senats vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19, WM 2021, 633; II ZR 255/19, juris; II ZR 184/19, ZIP 2021, 688; II ZR 201/19, juris und II ZR 48/20, juris) entfallen.

14            1. Die vom Berufungsgericht als grundsätzlich klärungsbedürftig angesehene "Beschlusslage" der Klägerin ist durch die nach Erlass der Berufungsentcheidung ergangenen Urteile des Senats vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19, WM 2021, 633; II ZR 255/19, juris; II ZR 184/19, ZIP 2021, 688; II ZR 201/19, juris und II ZR 48/20, juris) geklärt. Auch eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung kommt insoweit nicht mehr in Betracht.

15            Wie der Senat mit Urteilen vom 23. Februar 2021 in Parallelverfahren zwischen der Klägerin und anderen Kommanditisten (II ZR 200/19, WM 2021, 633 Rn. 16 ff.; II ZR 255/19, juris Rn. 11 ff.) sowie in Parallelverfahren einer Schwestergesellschaft der Klägerin mit - abgesehen von den Prozentsätzen - identischen Vertragsregelungen (II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 20 ff.; II ZR 201/19, juris Rn. 16 ff. und II ZR 48/20, juris Rn. 11 ff.) entschieden hat, 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 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV bei der gesamten im Zeitpunkt des Ausscheidens des Kommanditisten noch offenen Einlageverpflichtung unabhängig von ihrer Fälligkeit und von ihrer vorherigen Einforderung durch einen Gesellschafterbeschluss 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.

16            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. Mangels jeglicher näheren Begründung ist die Gehörsrüge bereits nicht ordnungsgemäß dargetan.

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

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

19            Nach den Entscheidungen des Senats vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19, WM 2021, 633 Rn. 16 ff.; II ZR 255/19, juris Rn. 11 ff.; II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 20 ff.; II ZR 201/19, juris Rn. 16 ff. und II ZR 48/20, juris Rn. 11 ff.) kann die Klägerin den Beklagten zwar auch nach der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV bis zur vollen Höhe seiner noch offenen Einlageverpflichtung, d.h. bis zu einem Betrag von 91.000 €, auf Ausgleich eines etwaigen negativen Kapitalkontos in Anspruch nehmen.

20            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 die Klage in Höhe von 20.140 € als derzeit un-

begründet und im Übrigen endgültig abgewiesen wird. Das ändert aber nichts daran, dass die Revision der Klägerin im Ergebnis keinen Erfolg hat.

21           1. Der Zahlungsantrag der Klägerin ist hinsichtlich des geltend gemachten negativen Abfindungsguthabens jedenfalls 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.

22           a) Die Schiedsgutachterklausel ist im vorliegenden Fall anwendbar, da der Beklagte Einwände gegen die Berechnung des Abfindungsguthabens durch die Klägerin erhoben, dessen Höhe bestritten 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.

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

24           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).

- 25           bb) Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Die Einholung eines Gutachtens ist nicht daran gescheitert, dass die Parteien sich nicht auf die Person des Gutachters einigen konnten, sondern daran, dass keine Seite Schritte zur Einholung eines Gutachtens unternommen hat. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. April 2000 (V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987) zugrundeliegenden Sachverhalt ist die Einholung des Gutachtens auch noch durchführbar. In dieser Situation ist es weder angezeigt noch geboten, der Klägerin, der - wie der Senat mit Urteil vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19, WM 2021, 633 Rn. 44) in einem Parallelverfahren der Klägerin ausgeführt hat - als Anspruchstellerin die Initiative für die gemeinsame Einholung eines Gutachtens oblag, allein aufgrund ihrer Untätigkeit über § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB eine unmittelbare Klage auf Zahlung des von ihr errechneten Abfindungsfehlbetrags und damit eine Umgehung der vertraglichen Vereinbarung zu ermöglichen. Der Gedanke der Prozessökonomie gibt insoweit keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung.

26 c) Ohne Erfolg macht die Klägerin auch geltend, ihr sei entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung eines Schiedsgutachtens zu setzen. Hierzu besteht auch unter Berücksichtigung prozessökonomischer Gesichtspunkte kein Anlass, nachdem bereits das Landgericht der Klägerin mit Beschluss vom 7. November 2018 Gelegenheit zur Einholung eines Schiedsgutachtens binnen sechs Monaten gegeben und die Klägerin auch binnen der um zwei Monate verlängerten Frist kein Gutachten beigebracht hat. Der Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, zugunsten einer Partei mit der Entscheidung zuzuwarten, bis diese die Voraussetzungen für die Geltendmachung ihres Anspruchs geschaffen hat.

27 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 von der Klägerin verwendeten Rechenmethode lässt nicht erkennen, inwiefern dieses Gutachten nicht nur sachlich richtig ist, sondern darüber hinaus auch auf den vorliegenden Fall übertragbar sein sollte und zu dem von der Klägerin behaupteten Ergebnis führen würde.

28 2. Hinsichtlich der von der Klägerin zusätzlich verlangten Bearbeitungskosten von 500 € hat das Berufungsgericht einen Zahlungsanspruch der Klägerin zu Recht mit der Begründung verneint, dass der Gesellschaftsvertrag keine solche Verpflichtung eines ausscheidenden Gesellschafters enthält. Die von einem Beteiligungsinteressenten nach § 18 Satz 2 GV zu tragenden "Kosten der Beglaubigung der Handelsregistervollmachten, Handelsregistereintragungen und mögliche(r) Änderungen" können bei objektiver Auslegung zwar auch Register- oder Beglaubigungskosten anlässlich der Austragung eines Kom-

manditisten erfassen. Solche Register- oder Bearbeitungskosten hat die Klägerin aber nicht dargetan, sondern lediglich pauschal "Bearbeitungskosten" bzw. eine "Ausscheidenspauschale" geltend gemacht.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

**Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisung der Revision erledigt worden.**

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 23.12.2019 - 34 O 19975/17 -

OLG München, Entscheidung vom 27.05.2020 - 7 U 594/20 -