

letzte Aktualisierung: 26.11.2019

OLG München, Urt. v. 31.7.2019 – 7 U 3799/18

**HGB §§ 105 Abs. 3, 167 Abs. 3, 735, 738; BGB §§ 242, 319 Abs. 1 S. 2, 735, 738
Schiedsgutachterklausel bzgl. Ermittlung der Abfindungshöhe**

Hat es die zur Aufstellung einer Abfindungsbilanz verpflichtete Gesellschaft unterlassen, den vorgesehenen Schiedsgutachter mit der Ermittlung der Abfindungshöhe zu beauftragen, so ist eine Klage auf Zahlung ausstehender Einlagen als derzeit unbegründet abzuweisen (in Abgrenzung zu BGH BeckRS 2000, 5660 sowie OLG Brandenburg BeckRS 2013, 21255).
(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

Titel:

Einholung eines Schiedsgutachtens bei Bestimmung der Abfindungshöhe

Normenketten:

HGB § 105 Abs. 3, § 167 Abs. 3

BGB § 242, § 319 Abs. 1 S. 2, § 735, § 738

Leitsätze:

1. Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Publikums-KG bezüglich der Einforderung zunächst gestundeter Pflichteinlagen. (Rn. 23 – 28) (redaktioneller Leitsatz)

2. Hat es die zur Aufstellung der Abfindungsbilanz verpflichtete Gesellschaft unterlassen, den vom Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Schiedsgutachter mit der Ermittlung der Höhe der Abfindung zu beauftragen, ist die auf Zahlung ausstehender Einlagen gerichtete Klage als derzeit unbegründet abzuweisen (Abgrenzung zu BGH BeckRS 2000, 5660 und OLG Brandenburg BeckRS 2013, 21255). (Rn. 30 – 38) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Publikums-KG, Abfindungsguthaben, gestundete Pflichteinlage, Gesellschaftsvertrag, Auslegung, Abfindungsbilanz, Schiedsgutachter, Benennung, Unterlassen, Klageabweisung als derzeit unbegründet

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 28.09.2018 – 2 O 19817/17 (2)

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

Fundstelle:

BeckRS 2019, 18699

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 28.9.2018 (Az.: 2 O 19817/17 (2)) dahin abgeändert, dass festgestellt wird, dass die gegen den Beklagten geltend gemachte Einlageforderung der Klägerin in Höhe von 4.500,- € bei der Berechnung des Abfindungsguthabens des Beklagten als unselbständiger Rechnungsposten zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen ist. Im übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und bleibt die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.
2. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 2/3 und der Beklagte 1/3 zu tragen.
3. Dieses Urteil und das angegriffene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Der Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen ihn vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

- 1 Die Klägerin macht gegen den Beklagten die Zahlung eines negativen Abfindungsguthabens geltend.

- 2 Die Klägerin ist ein Filmfonds in der Rechtsform der GmbH & Co. KG. Der Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 13.10.2004 (Anlage K 1) als Direktkommanditist mit einer Pflichteinlage von nominal 100.000,- € an der Klägerin. Hierauf zahlte der Beklagte 50% (also 50.000,- €) sowie das Agio ein.
- 3 Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin (in seiner ursprünglichen Fassung) hat auszugsweise den folgenden Wortlaut.
- § 4 Gesellschaftsstruktur, Gesellschaftskapital ...
3. Kommanditeinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten ... 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. ...
- § 23 Ausscheiden, Ausschluss eines Gesellschafters oder Treugebers ...
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 M. 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 Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Gesellschaftsvertrags [im folgenden: GV] der Klägerin wird auf Anlage K 4 Bezug genommen.
- 5 Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 25.7.2012 (vgl. Niederschrift, Anlage K 7) wurde der Gesellschaftsvertrag wie folgt geändert.
- 6 Die Gesellschafterversammlung beschließt, den bisherigen Wortlaut des § 4 Ziffer 3 Absatz. 2 Satz 2 durch folgenden Wortlaut 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 durch die Gesellschaft eingefordert werden, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird.“
- 7 Mit Schreiben vom 27.1.2014 (Anlage K 2) forderte die Klägerin 4,5% der Pflichteinlage (mithin 4.500,- €) vom Beklagten ein. Diesen Betrag bezahlte der Beklagte nicht. In der Folgezeit schied der Beklagte durch ordentliche Kündigung zum 31.12.2014 aus der Klägerin aus. Zu diesem Stichtag ergebe sich nach Auffassung der Klägerin ein negatives Auseinandersetzungsguthaben des Beklagten in Höhe von 15.070,- €.
- 8 Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 15.070,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag von 4.500,- € vom 6.5.2014 bis 31.12.2014 sowie aus einem Betrag von 15.070,- € seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
- 9 Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
- 10 Das Landgericht hat die Klage (mangels Vorliegens eines Schiedsgutachtens gemäß § 23 Ziff. 6 GV) als derzeit unbegründet abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter.
- 11 Die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 28.9.2018 (Az.: 2 O 19817/17 (2)) zu verurteilen, an die Klägerin 15.070,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag von 4.500,- € vom 6.5.2014 bis 31.12.2014 sowie aus einem Betrag von 15.070,- € seit Rechtshängigkeit zu bezahlen;

hilfsweise: unter Abänderung des genannten Urteils festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin das durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer M. zu benennenden Schiedsgutachter zu ermittelnde negative Abfindungsguthaben zu zahlen:

weiter hilfsweise: unter Abänderung des genannten Urteils festzustellen, dass die gegenüber dem Beklagten geltend gemachte Forderung der Klägerin in Höhe von 4.500,- € (4,5% der Pflichteinlage des Beklagten) im Rahmen der Berechnung des Abfindungsguthabens des Beklagten als unselbständiger Rechnungsposten zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen ist.

- 12** Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
B.
- 13** Die Berufung hat nur hinsichtlich des auf Berücksichtigung des mit Schreiben vom 27.1.2014 (Anlage K 2) eingeforderten Betrages von 4.500,- € bei der Ermittlung des Abfindungsguthabens gerichteten Hilfsantrags Erfolg. Im übrigen war sie als unbegründet zurückzuweisen.
- 14** I. Zu Recht hat das Landgericht den Hauptantrag der Klägerin als derzeit unbegründet abgewiesen, da es entscheidungserheblich auf die Höhe des Abfindungsguthabens ankommt und deshalb vor Erhebung der Klage nach § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV von der Klägerin ein Schiedsgutachten zu erholen gewesen wäre.
- 15** 1. Da die Verluste der Gesellschaft entsprechend dem Verlustanteil des Gesellschafters abzuschreiben sind, kann sein Kapitalkonto grundsätzlich negativ werden. Dies bedeutet für den Kommanditisten nach § 167 Abs. 3 HGB jedoch nur, dass er in Ermangelung besonderer Abreden oder Beschlüsse der Gesellschafter grundsätzlich nicht nachschusspflichtig ist und auch die §§ 735, 738 BGB nicht gelten, so dass er gegenüber den Mitgesellschaftern nicht ausgleichspflichtig werden kann. Er verliert allenfalls seinen (bislang) positiven Kapitalanteil und hat bei Verlusten der Gesellschaft, die den Kapitalanteil übersteigen, maximal die rückständige Pflichteinlage sowie die rückzahlbaren Entnahmen zu leisten. Die Haftsumme spielt keine Rolle.
- 16** Da im streitgegenständlichen Fall unstreitig keine rückzahlbaren Entnahmen vorgenommen wurden, muss der Beklagte maximal eine etwaige noch rückständige Pflichteinlage leisten (vgl. Kindler, in: Koller / Kindler / Roth / Drüen, HGB, 9. Auf., § 167 Rz. 4).
- 17** a) Der Senat hat bezüglich der hiermit aufgeworfenen Problematik bereits entschieden (vgl. grundlegend zum - abgesehen von den einzuzahlenden Prozentsätzen identischen - Gesellschaftsvertrag einer Schwestergesellschaft der Klägerin Senatsurteil vom 12.10.2016 - 7 U 2180/16; zum Gesellschaftsvertrag der Klägerin vgl. Senatsbeschlüsse vom 30.11.2016 und 17.1.2017 - 7 U 3744/16), dass nach § 4 Nr. 3 GV alter Fassung die Pflichteinlage 100% des Zeichnungsbetrages (und damit im streitgegenständlichen Fall 100.000,- €) betrug. Die in § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 - 4 GV alter Fassung getroffene Regelung war nur eine Fälligkeitsregelung, mit der 50% der Pflichteinlage zunächst gestundet und damit nicht zur Zahlung durch die Kommanditisten an die Gesellschaft fällig wurden. Denn dort war eine dahingehende Teilung des Pflichteinlagebetrages vorgesehen, dass 50% „der Pflichteinlage“ zuzüglich eines Agios als Geldeinlage zu zahlen waren, wobei die diesbezügliche Fälligkeit sich aus der Beitrittserklärung und § 4 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 GV ergab. Die in § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 ausdrücklich genannten weiteren „50% der Pflichteinlage“ sollten demnach nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erst später „fällig“ und durch Verrechnung mit erwirtschafteten und zur Ausschüttung anstehenden Gewinnen durch den Gesellschafter geleistet werden (Senatsurteil, a.a.O Rz. 29).
- 18** Der Senat hat in seinem Urteil vom 12.10.2016 des Weiteren entschieden, dass mit der Neufassung des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV durch den Gesellschafterbeschluss vom (dort) 24.7.2012 bzw. (hier) 25.7.2012

weitere (dort) 6% bzw. (hier) 4,5% des jeweiligen Zeichnungsbetrages zur Zahlung durch die Kommanditisten als Teil der Pflichteinlage fällig gestellt wurden, die diesbezügliche Stundung also beendet wurde (Senatsurteil a.a.O.).

- 19 Da der Senat keine Veranlassung sieht, im streitgegenständlichen Fall von dieser Auslegung abzurücken, besteht mangels Zahlung der Beklagten auf das Einziehungsschreiben der Klägerin vom 27.1.2014 (Anlage K 2) noch eine offene Einlageverpflichtung der Beklagten in Höhe von 4.500,- € (4,5% aus der Zeichnungssumme von 100.000,- €) und stellt dies auch eine „rückständige Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB dar. Auf die vom Beklagten aufgeworfene Frage, ob nur eine fällige Einlagenforderung eine „rückständige Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB begründen könne, kommt es daher insoweit nicht an (vgl. dazu BGH, Urteil vom 30.1.2018 - II ZR 108/16, Rz. 36).
- 20 Der Beklagte kann dem auch nicht entgegenhalten, der den Gesellschaftsvertrag abändernde Beschluss der Gesellschafter vom 25.7.2012 sei unwirksam, da nach § 6 Nr. 9 S. 1 GV Beschlussmängel innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat hätten geltend gemacht werden müssen und dies nicht erfolgte.
- 21 Der Beklagte kann auch nicht bezweifeln, dass die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 GV neuer Fassung für die Einforderungen der weiteren 4,5% der Pflichteinlage vorlagen. Denn danach ist nur vorausgesetzt, dass „sie [i.e. die weiteren 4,5% der Pflichteinlage] durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft schriftlich eingefordert werden“. Diese Einforderung durch die Geschäftsführung liegt in Form des Schreibens der Gesellschaft vom 27.1.2014 (Anlage K 2) vor. Die Zahlungsaufforderung erfolgte ausweislich des Schreibens auch zum Zwecke der Aufbringung der zu erwartenden Kosten der seinerzeit in Aussicht genommenen finanzgerichtlichen Verfahren (vgl. S. 2 des Schreibens laut Anlage K 2). Wie sich aus der subjektiven Formulierung des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 GV neuer Fassung („zum Zwecke“) ergibt, ist für die Einforderung gerade nicht erforderlich, dass die eingeforderten Beträge auch objektiv zur Durchführung des zu erwartenden finanzgerichtlichen Verfahrens erforderlich sind. Denn die grundsätzliche Notwendigkeit der Leistung weiterer 4,5% der Pflichteinlage durch die Kommanditisten hat bereits die Gesellschafterversammlung im Beschluss vom 25.7.2012 bindend festgestellt.
- 22 Unerheblich ist auch, ob - wie von dem Beklagten behauptet - von der Gesellschaft bereits ausreichend ausschüttungsfähige Gewinne erwirtschaftet wurden, um die ausstehende Einlage zu tilgen. Denn nach der Änderung des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 GV durch den Beschluss der Gesellschafter vom 25.7.2012 kommt es darauf nicht mehr an. Vielmehr sollten die Kommanditisten in jedem Fall weitere 4,5% der Pflichteinlage leisten.
- 23 b) Der Senat musste sich in seinem Urteil vom 12.10.2016 nicht dazu verhalten, welche Regelung die Gesellschafter mit ihrem Beschluss vom (dort) 24.7.2012 bzw. (hier) 25.7.2012 bezüglich der restlichen (dort) 40% bzw. (hier) 45,5% der Zeichnungssumme getroffen haben. Diese Frage ist im streitgegenständlichen Fall nunmehr aber zu klären und dahingehend zu entscheiden, dass die Gesellschafter durch § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV neuer Fassung § 167 Abs. 3 HGB dahingehend abbedungen haben, dass der von den Gesellschaftern noch nicht geleistete Teil ihrer Pflichteinlage nur soweit „rückständig“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB sein soll, als durch Gesellschafterbeschluss die Zahlung des noch ausstehenden Teils der Pflichteinlage verlangt, diese also fällig gestellt wurde.
- 24 Da der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft wie der Klägerin objektiv auszulegen ist (vgl. bspw. BGH, Urteil vom 9.6.2015 - II ZR 420/13, Rz. 25), ist § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV neuer Fassung ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsgesellschafters einheitlich so auszulegen, wie sein Wortlaut von verständigen und redlichen Gesellschaftern unter Abwägung der Interessen der Gesellschafter verstanden wird (vgl. dazu Palandt / Grüneberg, BGB, 78. Aufl., § 305 c Rz. 16).
- 25 Ausgangspunkt der Auslegung hat damit der Wortlaut des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV neuer Fassung zu sein. Dieser deutet darauf hin, dass die restlichen 45,5% der Zeichnungssumme weiterhin Teil der Pflichteinlage sein sollen mit der Folge, dass auch sie nur gestundet wären, da ausdrücklich vom „Rest der ausstehenden Pflichteinlage“ die Rede ist. Von einer Kapitalherabsetzung ist in der Neufassung des § 4 Nr. 3

Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV dagegen nicht die Rede. Eine solche wäre bei der im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigenden Interessenlage der Gesellschafter auch nicht interessengerecht, da Anlass der Neufassung des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 GV gerade ein weiterer Liquiditätsbedarf der Gesellschaft zur Finanzierung finanzgerichtlicher Prozesse war, die Gesellschaft also aus den vorhandenen Mitteln die voraussichtlichen Prozesskosten nicht aufbringen konnte. In einer solchermaßen angespannten finanziellen Situation kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesellschafter eine Kapitalherabsetzung um 45,5% beschließen und der Gesellschaft damit die Möglichkeit zukünftiger Eigenkapitalbeschaffung nehmen.

- 26** Damit würde der Beklagte nach der Rechtsprechung des BGH zum Begriff der „rückständigen Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB, wonach eine noch offene Einlageverpflichtung (wie hier die restlichen 45,5% der Zeichnungssumme) unabhängig von ihrer Fälligkeit eine „rückständige Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB darstellt (BGH, Urteil vom 30.1.2018 - II ZR 108/16, Rz. 36), grundsätzlich bis zur vollen Höhe ihrer Pflichteinlage am Verlust der Gesellschaft teilnehmen.
- 27** Dieses Ergebnis wäre jedoch nicht interessengerecht und widerspräche dem sich unmittelbar aus der Regelung ergebenden Zweck des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV neuer Fassung. Dieser soll nämlich sicherstellen, dass über eine weitere Inanspruchnahme der Kommanditisten nicht - wie im Fall der in Hs. 1 bezeichneten 4,5% - die Geschäftsführung der Gesellschaft entscheiden kann, sondern es dazu immer eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf. Da dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 S. 2 2. Hs. GV neuer Fassung keine Differenzierung zwischen nach dem Beschluss vom 25.7.2012 ausgeschiedenen Gesellschaftern wie dem Beklagten einerseits und weiterhin in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern andererseits zu entnehmen ist, erstreckt sich der durch die Vorschrift bezweckte Schutz auch auf beide Gruppen gleichermaßen. Beide Gruppen sollen also nur dann weiter in Anspruch genommen werden können, wenn die Gesellschafter dies durch einen weiteren Beschluss für notwendig erachtet haben. Dieses sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 2. Hs. GV ergebende mit dem Beschluss vom 25.7.2012 verfolgte Ziel der Gesellschafter konnten diese hinsichtlich der Gruppe der nach dem 25.7.2012 ausscheidenden Gesellschafter nur durch eine teilweise Abbedingung des - wie sich aus § 163 HGB ergibt - dispositiven § 167 Abs. 3 HGB dahingehend erreichen, dass der von den Gesellschaftern noch nicht geleistete Teil ihrer Pflichteinlage nur insoweit „rückständig“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB sein soll, als durch einen weiteren Gesellschafterbeschluss von den Gesellschaftern die Zahlung des noch ausstehenden Teils ihrer Pflichteinlage verlangt wird. Denn nur so wird verhindert, dass ein ausscheidender Gesellschafter ohne weiteren Gesellschafterbeschluss trotz vollständiger Einzahlung des bisher fällig gestellten Teils der Pflichteinlage noch darüber hinaus am Verlust der Gesellschaft teilnimmt. Ohne diese partielle Abbedingung des § 167 Abs. 3 HGB würde einem ausscheidenden Gesellschafter der Schutz des Erfordernisses eines Gesellschafterbeschlusses für jede weitere Inanspruchnahme entzogen. Denn beim Ausscheiden eines Gesellschafters würde sich in diesem Fall bei Vorliegen eines negativen Kapitalkontos - auf welcher Berechnungsgrundlage auch immer - allein dadurch eine weitere Inanspruchnahme des ausscheidenden Gesellschafters ergeben, ohne dass hierüber zuvor ein Gesellschafterbeschluss herbeigeführt worden wäre.
- 28** Soweit die Klägerseite von einer Einlageforderung von noch 45,5% der Zeichnungssumme ausgeht, ist ihr deshalb entgegen zu halten, dass in dieser Höhe eine rückständige Einlage nicht besteht, da es an einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss, der jedoch aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung erforderlich wäre, fehlt. Festzuhalten ist aber auch, dass nach Ausscheiden der Beklagten eine Einlageforderung in o.g. Höhe auch nicht aufgrund eines künftigen Gesellschafterbeschlusses mehr gegenüber dem Beklagten geltend gemacht werden kann, da diesem eine Mitwirkung bei der Beschlussfassung nach Ausscheiden verwehrt ist.
- 29** c) Da der Beklagte aber bislang von der Zeichnungssumme von 100.000,- € unstreitig nur 50% und damit 50.000,- € an die Klägerin bezahlt hat, besteht noch eine rückständige Einlage im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB in Höhe von 4.500,- €. Das Bestehen einer rückständigen Einlage in Höhe von 4.500,- € führt bei einem mittlerweile ausgeschiedenen Kommanditisten aber nicht notwendigerweise zu einem Zahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten in dieser Höhe. Vielmehr bewirkt dies nach § 167 Abs. 3 HGB nur, dass der Kommanditist nur bis maximal zu diesem Betrag an einem Verlust der Klägerin teilnimmt und deshalb ein etwaiges negatives Abfindungsguthaben des Beklagten vom Beklagten auch nur bis zu diesem Höchstbetrag ausgeglichen werden muss. Ein möglicherweise 4.500,- € übersteigendes negatives

Abfindungsguthaben muss der Beklagte nicht ausgleichen.

- 30** 2. Da es demnach auf die Höhe des negativen Abfindungsguthabens im konkreten Einzelfall ankommt, wäre nach § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV ein Schiedsgutachten zu erholen gewesen.
- 31** a) Zwar ist ein solches nach dem Wortlaut des § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV nur erforderlich, wenn „über die Höhe der Abfindung zwischen dem Komplementär und dem ausscheidenden Gesellschafter (...) kein Einvernehmen erzielt werden“ kann. Dies bedeutet jedoch entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass ein Schiedsgutachten demnach nur zu erholen wäre, wenn allein über die Abfindungshöhe Streit besteht. Eine solche Einschränkung ist zunächst schon dem Wortlaut nicht zu entnehmen und widerspricht im übrigen auch dem Sinn und Zweck der Schiedsgutachterklausel. Denn damit soll ein etwaiger Streit über die Abfindungshöhe durch einen sachkundigen neutralen Dritten verbindlich und damit zeitnah geregelt werden. Dies ist aber nicht nur dann geboten, wenn zwar nicht über das Bestehen eines Abfindungsanspruchs gestritten wird, sondern nur über die Höhe der Abfindung, sondern auch, wenn - wie im streitgegenständlichen Fall - sowohl der Anspruch dem Grunde als auch der Höhe nach streitig ist. Die Frage nach dem Bestehen eines Abfindungsanspruchs dem Grunde nach einerseits und die Frage nach der Höhe des Abfindungsanspruchs andererseits sind auch ohne weiteres getrennt zu beantworten.
- 32** Der Senat teilt insoweit nicht die Einschätzung der Klägerin (vgl. Schriftsatz vom 3.7.2019), dass der Beklagte mittlerweile „den Anspruch dem Grunde nach anerkannt“ habe (der Beklagte steht ersichtlich nach wie vor auf dem Standpunkt, aus grundsätzlichen Erwägungen nichts zu schulden). Doch selbst wenn man dies anders sähe, wäre das Schiedsgutachten zu erholen.
- 33** b) Das Sichberufen des Beklagten auf die Schiedsklausel in § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht nach § 242 BGB treuwidrig. Da in § 23 Nr. 6 Abs. 1 GV nicht geregelt ist, wer die Benennung eines Schiedsgutachters durch die Wirtschaftsprüferkammer München zu veranlassen hat, ist auf die gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen. Gemäß §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, 738 Abs. 1 S. 1 BGB trifft gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Pflicht zur Erstellung der Abfindungsbilanz die Gesellschaft (allg. Meinung, vgl. statt aller Reuter, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2003, § 738 Rz. 27; Schäfer, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., § 738 Rz. 27). Aus dieser Pflicht der Gesellschaft zur Bilanzerstellung folgt denklogisch auch die Pflicht, die zur Bilanzerstellung notwendigen vorbereitenden Schritte einzuleiten. Zu diesen Vorbereitungsmaßnahmen gehört aufgrund der Schiedsklausel des § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV auch, durch die Wirtschaftsprüferkammer München die Benennung eines Schiedsgutachters in die Wege zu leiten. Aus der Nichterfüllung einer eigenen vertraglichen Pflicht der Gesellschaft kann diese nicht die Treuwidrigkeit des Zuwartens des Beklagten mit der Berufung auf die Schiedsklausel begründen. Der Beklagte hätte möglicherweise selbst die zur Erstellung des Schiedsgutachtens notwendigen Schritte gegenüber der Wirtschaftsprüferkammer M. einleiten können, musste es aber nicht.
- 34** Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Brandenburg (Urteil vom 28.11.2013 - 12 U 42/13, Rz. 25). Denn dort ging es nicht um die Erstellung einer Abfindungsbilanz nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, 738 Abs. 1 S. 1 BGB, für die - wie oben dargestellt - gesetzlich geregelt ist, wer sie zu erstellen hat, sondern um ein Schiedsgutachten bei Streitigkeiten über die Bauausführung, für das dies nicht der Fall ist.
- 35** c) Entgegen der Auffassung der Klägerin hätte das Landgericht auch nicht und muss auch das Berufungsgericht nicht analog § 319 Abs. 1 S. 2 BGB die Leistungsbestimmung durch Erholung eines Sachverständigengutachtens vornehmen. § 319 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine derartige Undurchführbarkeit grundsätzlich schon dann gegeben, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (BGH, Urteil vom 4.7.2013 - III ZR 52/12, Rz. 31; Urteil vom 7.6.2011 - II ZR 186/08, Rz. 15; Urteil vom 6.11.1997 - III ZR 177/96, Rz. 23). Diese Rechtsprechung erging allerdings grundsätzlich zu Fällen, in denen die jeweilige Schuldnerin des jeweils streitgegenständlichen Zahlungsanspruchs die Benennung des Schiedsgutachters verzögerte (BGH, Urteil vom 7.6.2011 - II ZR 186/08) oder sich die beiden Parteien über den Schiedsgutachter nicht einigen konnten (BGH, Urteil vom 4.7.2013 - III ZR 52/12).

- 36** Anders verhielt es sich nur in dem Fall, der der Entscheidung des BGH vom 7.4.2000 zu Grunde lag (BGH, Urteil vom 7.4.2000 - V ZR 36/99) und auf den sich die Klägerin zur Begründung ihrer Ansicht in der Berufungsbegründung beruft. Hier war in einem Kaufvertrag vereinbart, dass die „Wertanpassung (eines Grundstücks), die nach dem 31.12.1990 vom Verkäufer zu veranlassen und von einem unabhängigen Sachverständigen vorzunehmen ist, (...) bis spätestens 31.12.1991 abzuschließen“ sei. Der von einer der Veräußerinnen daraufhin beauftragte Sachverständige erstellte unter dem 16.12.1991 ein Gutachten zum Wert des Grundstücks zum 31.12.1991, dem von dieser Veräußerin einseitig bestimmten und dem Sachverständigen vorgegebenen Stichtag. Tatsächlich hätte aber nach dem Vertrag nicht die Veräußerin den Stichtag einseitig bestimmen dürfen. Vielmehr hätte der Sachverständige diesen ermitteln müssen. Der BGH entschied, dass die Klägerin, die aus abgetretenem Recht der Veräußerin klagte, sich dennoch auf § 319 Abs. 1 S. 2 BGB berufen könne, da eine Leistungsbestimmung unter Zugrundelegung des korrekten Stichtages durch den Schiedsgutachter aufgrund der mittlerweile abgelaufenen Frist bis zum 31.12.1991 nicht mehr durchführbar sei. Da es dabei nicht darauf ankomme, dass die Veräußerin dem Sachverständigen die falschen Vorgaben gemacht habe, könne sich auch die Klägerin auf § 319 Abs. 1 S. 2 BGB berufen und unmittelbar auf Zahlung klagen.
- 37** Der der BGH-Entscheidung zu Grunde liegende Fall unterscheidet sich von dem streitgegenständlichen Fall deshalb dadurch, dass im BGH-Fall aufgrund der zwischenzeitlich abgelaufenen Frist zur Erstellung des Schiedsgutachtens ein Schiedsgutachten nach dem Vertrag überhaupt nicht mehr hätte erstellt werden können, so dass - wäre der Klägerin nicht gestattet worden, sich auf § 319 Abs. 1 S. 2 BGB berufend unmittelbar auf Zahlung zu klagen - ein endgültiger Verlust des klägerischen Rechts eingetreten wäre. Dies ist in der streitgegenständlichen Sache aber gerade nicht der Fall, so dass es auch bei einer Abweisung der Klage als derzeit unbegründet der Klägerin unbenommen bleibt, das vereinbarte Schiedsgutachten zu erholen.
- 38** Eine unmittelbare Klagemöglichkeit der Klägerin wäre im vorliegenden Fall aber treuwidrig, da es gerade die Klägerin war, die keinerlei Schritte unternommen hat, um die Erholung des vertraglich vorgesehenen Schiedsgutachtens in die Wege zu leiten (vgl. zum Einwand der Treuwidrigkeit bei Verzögerung von Schiedsgutachten BGH, Urteil vom 26.10.1989 - VII ZR 75/89, Rz. 30). Die Klägerin könnte dadurch durch bloßes Nichthandeln die vertragliche Schiedsklausel umgehen, obwohl ihr die Erholung des Schiedsgutachtens im Gegensatz zu dem der BGH-Entscheidung vom 7.4.2000 zu Grunde liegenden Sachverhalt immer noch ohne weiteres möglich ist.
- 39** d) Das Landgericht war auch nicht gehalten, dem Beklagten entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen. Ob das Gericht die Klage sofort als zur Zeit unbegründet abweist oder aber zunächst der Klägerin eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens setzt, liegt im Ermessen des Gerichts (BGH, Urteil vom 8.6.1988 - VIII ZR 105/87, Rz. 33). Für die Setzung einer Frist spricht, dass dadurch möglicherweise eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden kann. Diese mögliche Verfahrensbeschleunigung wird aber dadurch stark relativiert, dass gegen das Schiedsgutachten noch der Einwand der offenbaren Unrichtigkeit (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) zulässig wäre, so dass gegebenenfalls in Anschluss an das Schiedsgutachten noch ein Gerichtsgutachten erholt werden müsste. Für eine sofortige Abweisung der Klage als derzeit unbegründet spricht dagegen, dass ein außerhalb des Gerichtsverfahrens erholtes Schiedsgutachten, das möglicherweise zu einem klaren Ergebnis kommt und nicht durch die Drohung der Kosten dieses Verfahrens belastet ist, möglicherweise eine größere Akzeptanz seitens der Parteien erreicht. Denn immerhin muss dann die Partei, der das Ergebnis des Schiedsgutachtens nicht konveniert, neu klagen. Vor diesem Hintergrund ist eine Ermessensausübung dahingehend, die Klage sofort abzuweisen, nicht ermessensfehlerhaft.
- 40** e) Unerheblich ist auch, dass das Landgericht die Klage im Tenor ohne die Einschränkung „derzeit“ abgewiesen hat. Denn die Abweisung nur „derzeit“ ergibt sich ohne weiteres aus den Gründen.
- 41** 3. Damit bleibt die Klage im Hauptantrag als derzeit unbegründet abgewiesen. Eine Abweisung der Klage nicht nur als derzeit unbegründet war schon im Hinblick auf § 528 S. 2 ZPO nicht möglich.
- 42** II. Der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin das durch einen Wirtschaftsprüfer noch zu ermittelnde negative Abfindungsguthaben zu bezahlen, ist wegen des

Vorrangs der Leistungsklage unzulässig.

- 43** III. Der weitere Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung, dass bei der Erstellung der Abfindungsbilanz ein Betrag von 4.500,- € als unselbständiger Rechnungsposten zu Gunsten der Klägerin einzustellen ist, ist zulässig und begründet.
- 44** Der Antrag ist zulässig, da es sich um eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO handelt. Denn die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die rückständige Einlage von 4.500,- € in die Abfindungsbilanz einzustellen ist, ist für die Hauptsache, das heißt die Frage, ob ein vom Beklagten auszugleichendes negatives Abfindungsguthaben von 15.070,- € besteht, zumindest in Höhe des Betrages von 4.500,- € vorgreiflich. Damit ist ein weiteres Feststellungsinteresse nicht mehr notwendig (vgl. Zöller / Greger, ZPO, 32. Aufl., § 256 Rz. 25)
- 45** Der Antrag ist - wie bereits oben unter I.1 dargelegt - auch begründet.
- C.
- 46** Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO nach dem Maß des Obsiegens der Parteien.
- 47** Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 48** Die Revision war zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Denn die hier streitgegenständliche Beschlusslage besteht gleichgelagert in einer Vielzahl von Beteiligungen an mehreren Fonds, wobei derzeit bundesweit ca. 150 Klagen rechtshängig sind.